

ARTIKEL 18 GRUNDGESETZ
UND DAS STRAFRECHTLICHE
BERUFSVERBOT

Rupert Stettner

1973



Digitized by the Internet Archive
in 2026

ARTIKEL 18 GRUNDGESETZ
UND DAS STRAFRECHTLICHE BERUFSVERBOT

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von
Rupert Stettner

1973

Referent: Prof. Dr. jur. Peter Lerche

Korreferent: Prof. Dr. jur. Hans F. Zacher

Tag der mündlichen Prüfung: 21. Februar 1973



III

VORWORT

Die einst so lebhafteste Diskussion um den Fragenkreis des Art. 18 GG ist in jüngster Zeit etwas ins Stocken gekommen. Die große Arbeit von Schmitt Glaeser über Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten im politischen Meinungskampf aus dem Jahre 1969 bildete gewissermaßen einen Abschluß, dem - so war der Eindruck - nichts mehr hinzuzufügen war. Es scheint gewagt, angesichts dieses wie auch früherer gewichtiger Beiträge von Gallwas, Wilke, Čopić und anderen wieder ein mit Art. 18 GG zusammenhängendes Problem zu behandeln. Und doch ist es berechtigt, neue Untersuchungen anzustellen. Die im Jahre 1969 veröffentlichten - wissenschaftlich kaum ausgewerteten - Entscheidungen des BVerfG aus dem Gebiet des Art. 18 GG zeigen die ungebrochene Aktualität des Themas. Sie wird auch nach der Reform des Allgemeinen Teils des Strafbuchbestandes bestehen bleiben. Auch dürfte die grundgesetzliche Verwirkungsnorm in Bälde durch einen von der Bundesregierung vor einiger Zeit gestellten Verwirkungsantrag aus dem Bereich des Akademismus in den des gelebten und praktizierten Rechts hinüberwechseln - ein Grund mehr für die Überprüfung, ob im Bereich des Art. 18 GG wirklich alle Probleme gelöst sind. Gegenüber den zitierten großen Werken scheint mir der Einwand berechtigt, daß allzu konstruktiv vorgegangen wird und der Wortlaut der Verfassung und ihre Vorgeschichte angesichts der Freude an Deduktionen nicht ausreichend beachtet werden. Auch können bei einer Staatsschutzbestimmung Effektivitätsrücksichten nicht in dem Maße, wie bisweilen angenommen, außer Acht gelassen werden, soll nicht der Vorwurf von der Wissenschaft im Elfenbeinturm neue Nahrung gewinnen. Ziel der Arbeit wird es sein, zu zeigen, daß eine reibungsfreie und widerspruchslöse Interpretation des Art. 18 GG möglich ist und daß sich für sein Verhältnis zu § 42 I StGB, dem strafrechtlichen Berufsverbot, eine eindeutige und befriedigende Antwort finden läßt.

INHALTSÜBERSICHT

	Seite
<u>I. TEIL</u>	1
<u>1. Kapitel: Grundlagen</u>	1
<u>2. Kapitel: Art. 18 GG, Sperrnorm oder Norm des zusätzlichen Verfassungsschutzes?</u>	4
Zwei Grundpositionen: Sperrwirkung des Tatbestands/Sperrwirkung der Rechtsfolge - verschiedene Begründungsmöglichkeiten	
<u>3. Kapitel: Das Kaleidoskop der Meinungen</u>	6
<u>I. Abschnitt: Art. 18 GG als Sperrnorm</u>	6
a) <u>Älteste Vertreter</u>	6
b) <u>Löffler</u>	6
Umfassende Sperrwirkung der Rechtsfolge - keine Einengung der Problemstellung auf Journalisten	
c) <u>Reißmüller</u>	10
Sperrwirkung der Rechtsfolge mit Hilfe des Tatbestands eingeschränkt - Gegensatzpaar "Prävention-Repression"	
d) <u>Wilke</u>	11
Alleinige Sperrwirkung des Tatbestands - politisches Strafrecht weithin nichtig - für § 42 I StGB nur Akzessorietätsbetrachtung - Argument aus Art. 143 a. F. GG, Suspensionsthese - von Wilke versuchte Einschränkungen nicht haltbar	
e) <u>Schmitt Glaeser</u>	15
Absolute Sperrwirkung des Tatbestands in dem von ihm umschriebenen Bereich - aber spezifischer enger Mißbrauchs begriff - Folgen für § 42 I StGB, politisches Strafrecht und Polizeirecht ähnlich wie bei Wilke nicht überzeugend gelöst	
f) <u>Willms</u>	17
Sperrwirkung des Tatbestands - Versuch einer Ausdehnung des Parteienprivilegs auf Art. 18 GG - für § 42 I StGB ergeben sich die bei Wilke und Schmitt Glaeser gesehenen Folgen	
g) <u>Čopić</u>	19
Willms-Nachfolge: extreme Sperrwirkung des Tatbestands - Rechtmäßigkeit des Grundrechtsmißbrauchs vor Verwirkungsausspruch - für § 42 I StGB zwiespältiger Prüfungsweg - Kritik	

<u>II. Abschnitt:</u> Art. 18 GG als Norm des zusätzlichen Verfassungsschutzes (Additionstheorien)	23
Weniger Abstufungen - eine gewisse Sperrwirkung allgemein anerkannt	
a) <u>Dürig</u>	23
Betont additiven Charakter - trotzdem weitgehend Reißmüllers Ansichten - § 42 I StGB verfassungswidrig, wenn ein strafrechtliches Berufsverbot bei politischen Straftaten verhängt wird	
b) <u>Gallwas</u>	23
Punktueller/genereller Mißbrauchsabwehr - verwirkungsgleiche Sanktionen verfassungswidrig - strafrechtliche Maßregeln unbeschränkt zulässig, weil auf Grund von Spezialtatbeständen ergangen - Kritik	
c) <u>Sigloch</u>	26
Stellt These von der Verwirkungsgleichheit des strafrechtlichen Berufsverbots in Frage - unzureichende Begründung	
<u>III. Abschnitt:</u> Darstellung und Kritik der Rechtsprechung	28
1. <u>BGH</u>	28
a) <u>BGHSt 17, 38</u>	28
Früheste Äußerung der Rechtsprechung - § 42 I StGB verfassungsmäßig - Kritik	
b) <u>BGH NJW 65, 1388</u>	29
Sperrfunktion rückt ins Blickfeld - Verfassungsmäßigkeit von § 42 I StGB wird mit einer schon bei Gallwas erörterten Begründung bejaht	
2. <u>BVerfG</u>	30
a) <u>BVerfGE 10, 118 (Nordrhein-Westfalen-Entscheidung)</u>	30
Betraff nicht unmittelbar § 42 I StGB - These, das BVerfG könne auf Grund des Art. 18 GG ein Berufsverbot verhängen - Analyse und Kritik: Widersprüche, Lücken	
b) <u>BVerfGE 25, 44; 25, 64; 25, 69; 25, 79; 25, 88</u>	33
Erörterung und Bekräftigung der Befugnis zum Berufsverbot nach Art. 18 GG/§ 39 BVerfGG - Kritik	
<u>4. Kapitel:</u> Ergebnisse	37
<u>II. TEIL</u>	39
1. <u>Kapitel:</u> Die Norm des § 42 I StGB	39
<u>I. Abschnitt:</u> Geschichte und Rechtsnatur; Abgrenzung zur Strafe	39

<u>II. Abschnitt: Der Tatbestand des § 42 I StGB (Interpretation)</u>	42
<u>III. Abschnitt: Das strafrechtliche Berufsverbot im kommenden Recht</u>	44
<u>2. Kapitel: Art. 18 GG, die Verwirkungsnorm des Bonner Grundgesetzes</u>	45
<u>I. Abschnitt: Wesen und Standort des Art. 18 GG</u>	45
<u>1. Art. 18 als Norm des Verfassungsschutzes</u>	45
<u>2. Der ideelle und staatspolitische Hintergrund der Vorschrift.</u>	
<u>Stellungnahme zu ihrer Sperrwirkung</u>	45
Gedanke der streitbaren Demokratie - daher Ablehnung umfassender Sperrwirkungen - Verfeinerung der Problemstellung	
<u>3. Geltung des Art. 18 GG nur im politischen Raum</u>	50
<u>4. Sicherungsfunktion der Verwirkungsnorm</u>	50
<u>II. Abschnitt: Der Tatbestand des Art. 18 GG</u>	54
<u>1. Der Mißbrauch von Grundrechten</u>	54
<u>a) Definition des Mißbrauchs - der Grundrechtsgebrauch</u>	54
Innentheorie, Außentheorie - Festhalten am traditionellen Grundrechtsverständnis - Umdeutung des Ausdrucks: Grundrechtsmißbrauch	
<u>b) Enger oder weiter Mißbrauchsbegriff?</u>	59
Herrschende Meinung: weiter Mißbrauchsbegriff - Schmitt Glaesers These von der Notwendigkeit gewaltlosen und scheidemokratischen Gebarens - Argument aus Art. 143 a, F. GG - Kritik von Schmitt Glaesers Methode - Gewaltlosigkeit und scheidemokratisches Gebaren keine allgemein-soziologische Erscheinung, sondern spezifische Ausformung unter der Verfassungsordnung der BRD Deutschland	
<u>c) Grundrechtslosigkeit von Mißbrauchshandlungen vor Verwirkungsausspruch?</u>	65
Frage nach den Grenzen grundrechtlichen Handelns - Kritik Čopićs - Ablehnung der These vom verdeutlichenden Charakter der Mißbrauchsabwehr - Ansicht Lerches von den ungeschriebenen, das Grundrecht von außen begrenzenden Annexen - auf Grund dieses Erkenntnis Ablehnung der zivilrechtlichen Innentheorie; Mißbrauchsvorbehalt schränkt die Grundrechte von außen ein	
<u>2. Der Kampf gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung</u>	69
Kampfbegriff - subjektive Voraussetzungen - Definition der freiheitlich-demokratischen Grundordnung	
<u>3. Der Katalog der mißbrauchbaren und verwirkbaren Grundrechte</u>	72

a) Problematik der Enumerierung - Streit, inwieweit Grundrechte nicht mißbraucht werden können bzw. unverwirkbar sind - für Asylklausel ist Überflüssigkeit anzunehmen	73
b) Nichterwähnung des Grundrechts der Berufsfreiheit Ansicht des BVerfG, es sei zur Verhängung eines Berufsverbots befugt - Meinungsstreit in der Literatur (Schmitt Glaeser) - eigene Ansicht	75
III. Abschnitt: Die Rechtsfolge der Verwirkung und die Bedeutung der Ausmaßklausel in Art. 18 GG für die Verfassungsmäßigkeit des strafrechtlichen Berufsverbots	80
A. Die Verwirkungsfolge	80
1. Der Verwirkungsbegriff des Art. 18	80
a) Vergleich mit anderen Rechtsgebieten Strafrecht, technische und untechnische Verwirkung - allgemeiner Verwirkungsbegriff - Schlüsse für das Verfassungsrecht	80
b) Genereller oder punktueller Verwirkungsbegriff? Hinweis auf die Grundrechtslosigkeit von Mißbrauchshandlungen - Wortlaut - Schlüsse aus der Entstehungsgeschichte	82
c) Rechtsnatur des verfassungsgerichtlichen Erkenntnisses und Tragweite der Grundrechtsverwirkung Konstitutive Natur - nur politische Grundrechtsdimension wird erfaßt - Ablehnung der Ansicht, nur ein Ausübungsrecht, nicht das Grundrecht in seiner Substanz werde verwirkt	84
2. Die Zweistufigkeit der Verwirkungsregelung	87
3. Rechtswidrigkeit einer nicht mißbräuchlichen Tätigkeit im ehemals grundrechtlich geschützten Bereich nach Aberkennung des Grundrechts im Verwirkungsverfahren	88
Frage eines automatischen Verbots - Indiz aus § 39 Abs. 1 S. 3 BVerfGG - keine entsprechende Gegenorm - Primat der Freiheit	
4. Rechtszuwachs für die drei Gewalten	89
a) Exekutive und Grundrechtsverwirkung Ansicht Wernickes und der Schöpfer des GG, die Verwirkung gebe der Verwaltung freie Hand - der in Art. 20 Abs. III GG als objektives Prinzip statuierte Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung wurde dabei übersehen - § 39 Abs. 1 S. 4 BVerfGG durchbricht dieses Prinzip in verfassungswidriger Weise - Ablehnung von Dürigs Ansicht, § 39 Abs. 1 S. 4 BVerfGG sei mit der Ausmaßklausel zu halten	89
b) Judikative und Verwirkungsausspruch Ausdehnung des Bereichs der Rechtsreflexe	93

c) Die Legislative und die Grundrechtsaberkennung Eigentlicher Gewinner der Grundrechtsverwirkung - reaktive und prophylaktische Gesetzgebung - BVerfG als Herr des konkreten Verwirkungsverfahrens (absoluter Vorrang)?	94
B. Die Ausmaßklausel des Art. 18 GG	96
1. Ansicht, § 39 Abs. I S. 3 BVerfGG als Grundlage des verfassungs- rechtlichen Berufsverbots beruhe auf der Ausmaßklausel, wird abgelehnt. Argumente:	96
a) Entstehungsgeschichte	97
Automatismus des HChE verbietet eine abstufbare Verwirkungs- entscheidung	
b) Wortlaut	98
Substantivische Fassung, unveränderte Übernahme des Ausdrucks "Verwirkung" deuten auf einen konstanten Begriffsinhalt hin. Argument aus § 39 Abs. I S. 3 BVerfGG. Ablehnung der Ansich- ten von Wilke und Gallwas	
c) Rechtslogisches Argument	100
2. Der Grundsatz der Undifferenzierbarkeit der Verwirkungsfolgen und die Geltung des Übermaßverbots im Rahmen des Art. 18 GG	101
Übermaßverbot behält seine Bedeutung für das "ob", das "wie lange" und die Frage, welche Grundrechtsmodalitäten verwirkt werden - Verwirkungsausspruch der Breite nach differenzierbar, nicht aber vertikal, da sonst die Sanktion in ihrem Charakter verändert würde - Verwirkung als Verlust des Schutzes vor allen drei Gewalten - Ver- wirkung als scharfe Waffe? - die sog. Abstufung der Verwirkung bedeutet in Wirklichkeit ein Hinausgehen über die Sanktion	
3. Der Sinn der Ausmaßklausel	104
Im Parlamentarischen Rat wurde eine genaue Beschreibung von Umfang und Dauer der Verwirkung gefordert - positiv - verfas- sungsrechtliche Ausprägung des Übermaßgedankens - BVerfG wird ermächtigt, von dem an sich auf ewige Dauer konzipierten Ver- wirkungsausspruch abzugehen	
5. Die verfassungsrechtliche Würdigung des strafrechtlichen Berufs- verbots im Hinblick auf Art. 18 GG/ § 39 Abs. I S. 3 BVerfGG	106
Keine Identität des strafrechtlichen Berufsverbots mit der ersten Stufe der Verwirkungsregelung, da nicht die beschriebenen Folgen gegenüber den drei Gewalten vorliegen - die zweite Stufe (Ver- wirkungsfolgen) beruht nicht auf der Ausmaßklausel und kann daher einen Verstoß des strafrechtlichen Berufsverbots gegen Art. 18 GG nicht begründen - Einordnung des § 39 Abs. I S. 3 BVerfGG unter die prophylaktische Gesetzgebung - auch Grundsatz der "lex po-	

sterior" im Verhältnis § 42 I StGB / § 39 Abs. I S. 3 BVerfGG nicht
anwendbar - analoge Anwendung von § 35 Abs. III S. 2 GewO, § 4
Abs. III S. 1 StVG zur Vermeidung von Doppelzuständigkeiten

LITERATURVERZEICHNIS

- Anschütz, Gerhard: Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, Neudruck der 14. Auflage, Bad Homburg 1960
- Arndt, Adolf: Das Bundesverfassungsgericht DVBl 52, 1 ff
- Bachof, Otto: Freiheit des Berufs in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Dritter Band, 1. Halbband, S. 155 ff, Berlin 1958 - Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, Tübingen 1951 (zitiert: Vornahmeklage)
- Bäumlin, Richard: "Rechtsstaat" in Evangelisches Staatslexikon Sp. 1742, Stuttgart-Berlin 1966
- Baumann, Jürgen: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Ein Lehrbuch, 5. Auflage, Bielefeld 1968
- Bettermann-Karl-August: Die allgemeinen Gesetze als Schranken der Pressefreiheit, JZ 64, S. 601 ff
- Beyer, Wilhelm: Urteilsanmerkung, NJW 54, 73 ff
- Blei, Hermann: "Staatschutzdelikte" in Evangelisches Staatslexikon, Sp. 2201 ff, Stuttgart-Berlin 1966
- Bockelmann, Paul: Einführung in das Recht, München 1963
- Studien zum Täterstrafrecht 1. Teil, Berlin 1939,
 - 2. Teil Berlin 1940 (Abhandlungen des Kriminalistischen Instituts an der Universität Berlin, 4. Folge, 4. Band, 4. und 5. Heft).
 - Wie würde sich ein konsequentes Täterstrafrecht auf ein neues Strafgesetzbuch auswirken? in: Strafrechtliche Untersuchungen, Göttingen 1957.
 - Schuld und Sühne, Göttingen 1957.
 - Vom Sinn der Strafe in: Heidelberger Jahrbücher 1961, S. 25 ff.
 - Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des allgemeinen Teils, ZStW 81 (1969), S. 597 ff.

- Bracher, Karl-Dietrich: Die Auflösung der Weimarer Republik. Eine Studie zum Problem des Machtverfalls in der Demokratie. Schriften des Instituts für politische Wissenschaft, Bd. 4, Villingen 1960
- Brinkmann, Karl: Grundrechtskommentar zum Grundgesetz für die BRD Deutschland vom 23. 5. 1949, Bonn 1967
- Bruns, H. -J. : Zur rechtsdogmatischen Problematik strafrechtlicher Auflagen, NJW 59, 1393 ff
- Bühler, Ottmar: Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, Berlin-Stuttgart-Leipzig 1914 (zitiert: Subjektive öffentliche Rechte)
- Altes und neues über Begriffe und Bedeutung der subjektiven öffentlichen Rechte in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, S. 269 ff, München 1955 (zitiert: Altes und neues)
- Čopić, Hans: Berufsverbot und Pressefreiheit, JZ 63, 494 ff
- Grundgesetz und politisches Strafrecht neuer Art, Tübingen 1967 (zitiert: Politisches Strafrecht)
- Dagtolou Prodomos Wesen und Grenzen der Pressefreiheit, Stuttgart, 1963
- Doemming, Klaus-
Berto von: Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes (zusammen mit W. Matz und R. Fußlein) in Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Neue Folge, Band 1, Tübingen 1951
- Dreher, Eduard: Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Verordnungen, 32. Auflage, München 1970
- Drews-Wacke: Allgemeines Polizeirecht - Ordnungsrecht der Länder und des Bundes. Dargestellt für Verwaltungsbeamte und das wissenschaftliche Studium, Begründet von Bill Drews, fortgeführt von Gerhard Wacke, 8. unveränderte Auflage, Berlin 1968 (zitiert: Drews-Wacke, Allgemeines Polizeirecht)
- Dürrig, Günther: Grundgesetz, Kommentar (zusammen mit Theodor Maunz und Roman Herzog), 3. Auflage, München 1968

- Die Verwirkung von Grundrechten nach Art. 18 des Grundgesetzes. Ein Beitrag zur öffentlich-rechtlichen Verwirkungslehre, JZ 52, 513 ff
- Das Eigentum als Menschenrecht, ZStW 109, 327 ff
- Freizügigkeit in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. II, S. 507 ff, Berlin 1954
- Art. 2 des Grundgesetzes und die Generalermächtigung zu allgemein-polizeilichen Maßnahmen, AöR 79, 57 ff
- Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AöR 81, 117 ff

<u>Echterhölter, Rudolf:</u>	Zur Problematik des Art. 18 GG, JZ 53, 656 ff
<u>Engisch, Karl:</u>	Einführung in das juristische Denken, 5. Auflage, Stuttgart 1970
<u>Enneccerus-Nipperdey:</u>	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Ein Lehrbuch von Ludwig Enneccerus. Neu bearbeitet von Hans Carl Nipperdey, 15. Auflage, Tübingen 1959/60
<u>Erichsen, Hans-Uwe:</u>	Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit I, Frankfurt 1971
<u>Erman, Walter:</u>	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Auflage, Münster 1967
<u>Esser, Josef:</u>	Schuldrecht. Zwei Bände, 4. Auflage, Karlsruhe 1970
<u>Evers, Hans-Ulrich:</u>	"Verfassungsschutz" in Evangelisches Staatslexikon, Sp 2365 ff, Stuttgart-Berlin 1966
<u>Forsthoff, Ernst:</u>	Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, VVDStRL 12, 8 ff
<u>Friauf, Karl Heinrich:</u>	Polizei- und Ordnungsrecht in: Ingo von Münch, Besonderes Verwaltungsrecht, S. 139 ff, 2. Auflage, Bad Homburg-Berlin-Zürich 1970
<u>Friesenhahn, Ernst:</u>	Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, Köln-Berlin-Bonn-München 1963 (zitiert: Verfassungsgerichtsbarkeit)
<u>Fromme, Friedrich Karl:</u>	Von der Weimarer Verfassung zum Bonner Grundgesetz, Tübingen 1960

- Füchtenbusch, Walter: Die Möglichkeiten polizeilichen Handelns im Rahmen von Art. 5 Abs. I und II des Grundgesetzes, Diss. München 1961
- Gallwas, Hans-Ullrich: Der Mißbrauch von Grundrechten, Berlin 1967
(zitiert: Mißbrauch)
- Buchrezension DöV 70, 70 ff
- Gastroph, Claus: Vereinigungsverbot und Verwirkungsverfahren, BayVbl 69, 229 ff
- Geiger, Willi: Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951. Kommentar, Berlin-Frankfurt a. M. 1952
- Die Grundrechte in der Privatrechtsordnung, Stuttgart 1960 (zitiert: Privatrechtsordnung)
- "Verwirkung" in Staatslexikon der Görresgesellschaft (Recht-Wirtschaft-Gesellschaft) Bd. 8, Sp 260 ff, Freiburg 1963
- "Grundrechte" in Staatslexikon der Görresgesellschaft (Recht-Wirtschaft-Gesellschaft), Sp. 1122 ff, Freiburg 1959
- Giese, Friedrich: Die Grundrechte, Tübingen, 1905
- Giese-Schunck: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 von Friedrich Giese. Neubearbeitet von Eugen Schunck, 8. Auflage, Frankfurt a. M. 1970
- Haller, Ernst Friedrich: Grundrechtsverwirkung und Zuständigkeitsmonopol des Bundesverfassungsgerichts. Eine Untersuchung der Grenzen staatlichen Handelns vor und nach dem bundesverfassungsgerichtlichen Verwirkungsausspruch gemäß Art. 18 des Grundgesetzes, Diss. Tübingen 1963
- Hamann, Andreas: Grundgesetz und Strafgesetzgebung, Neuwied und Berlin 1963
- Der Staatsschutz im Strafgesetzentwurf und das Grundgesetz, NJW 62, 1845 ff
- Hamann-Lenz: Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, begründet von Dr. Andreas Hamann, fortgeführt von Dr. Andreas Hamann jr. und Dr. Helmut Lenz, 3. Auflage, Neuwied und Berlin 1970

- Hamel, Walter: Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat. Eine Kritik an Gesetzgebung und Rechtsprechung, Berlin 1967
- Hartmann, Dieter Dirk: Verwirkung von Grundrechten, AöR 95, 567 (1970)
- Hartmann, Werner: Der Verwirkungsbegriff in Art. 18 GG, Diss. Münster 1960
- Heeb, Reiner: Der präventive Verfassungsschutz. Eine Studie zu den Art. 18, 9 Abs. II und 21 Abs. II des Grundgesetzes, Diss. Tübingen 1962
- Heinemann, Gustav: Die Rechtsordnung des politischen Kampfes, NJW 62, 889 ff
- Herzog, Roman: Grundgesetz. Kommentar, zusammen mit Maunz und Dürig, 3. Auflage, München 1968
- Hesse, Konrad: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Karlsruhe, 5. Auflage 1972
- Hlawaty, Ernst: Die Verwirkbarkeit von Grundrechten nach Art. 18 des Bonner Grundgesetzes, Diss. München 1953
- Hönsch, Gerhard: Die Verwirkung von Grundrechten nach Art. 18 GG und das Monopol des Bundesverfassungsgerichts aus Art. 18 GG, Diss. Hamburg 1962
- Huber, Hans: Die Verfassungsbeschwerde. Vergleichende und kritische Betrachtung, Karlsruhe 1954
- Ipsen, Hans-Peter: Gleichheit in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, 2. Bd., S. 111, Berlin 1954
- Jagusch, Heinrich: Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar), 8. Auflage, Berlin 1957 (zitiert: LK)
- Jahrreiß, Hermann: Demokratie. Selbstbewußtsein-Selbstgefährdung-Selbstschutz in: Festschrift für Richard Thoma, S. 26 ff, Tübingen 1950
- Jellinek, Georg: Allgemeine Staatslehre, Neudruck der 3. Auflage, Bad Homburg-Berlin-Zürich 1966
- System der subjektiven öffentlichen Rechte, Neudruck der 2. Auflage, Aalen 1964

- Jellinek, Walter: Verwaltungsrecht, Neudruck der 3. Auflage, Bad Homburg-Berlin-Zürich 1966
- Jesch, Dietrich: Gesetz und Verwaltung, Eine Problemstudie zum Wandel des Gesetzmäßigkeitsprinzips, Tübingen 1961
- Jescheck, Hans-Heinrich: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1. Auflage, Berlin 1969
- Kaufmann, Arthur: Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, Heidelberg 1961
- Gedanken zur Strafrechtsreform in: Schuld und Strafe, Studien zur Strafrechtsdogmatik. Köln-Berlin-Bonn-München 1966
- Kaufmann, Erich: Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 9, 11 ff.
- Kessler, Hermann: Die Grundrechtsverwirkung des Art. 18 Grundgesetz, Diss. Mainz 1953
- Kimminich, Otto: Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar), zusammen mit Abraham und anderen, Hamburg, Stand 1971 (zitiert: BK)
- Kind, Heribert: Die Verwirkung von Grundrechten und die weiteren Rechtsfolgen eines Mißbrauchs von Grundrechten im Sinne des Art. 18, Diss. Marburg 1954
- Klein, Friedrich: Das Bonner Grundgesetz (begründet von H. von Mangoldt), 2. Auflage, Berlin und Frankfurt 1957 (zitiert: Komm.)
- Klemmer, Hans: Die Verwirkung von Grundrechten (Art. 18 des Grundgesetzes), Diss. Bonn 1954
- Kohlrausch-Lange: Strafgesetzbuch (Kommentar), 43. Auflage, Berlin 1961
- Knies, Wolfgang: Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem, München 1967
- Krüger, Herbert: Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten, DVBl 53, 97 ff
- Neues zur Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung, NJW 55, 201 ff

- Laband, Paul: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Neudruck der 5. Auflage, Aalen 1964
- Larenz, Karl: Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 1. Auflage, München 1967
- Lehrbuch des Schuldrechts, Band 1, Allgemeiner Teil, 10. Auflage, München 1970, Band 2 Besonderer Teil, 10. Auflage, München 1971
- Lechner, Hans: Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2. Auflage, München 1962
- Loewenstein, Karl: Verfassungslehre 2. Auflage, Tübingen 1969
- Lehmann-Hübner: Allgemeiner Teil des BGB, Lehrbuch, 15. Auflage, Berlin 1966
- Leibholz-Rupprecht: Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Rechtsprechungskommentar, Köln 1968
- Leisner, Walter: Grundrechte und Privatrecht, München 1960
- Lenz, Helmut: Grundgesetz, Kommentar, siehe unter Hamann-Lenz
- Lerche, Peter: Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit, Köln 1961 (zitiert: Übermaß)
- Das Asylrecht ist unverwirkbar in: Festschrift für Arndt, S. 199 ff, Frankfurt a. M. 1969
- Lex, Ritter von: Die Voraussetzungen eines wirksamen Staatsschutzes in der Bundesrepublik, DöV 60, 281 ff
- Liszt, Franz von: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Nachdruck der Ausgabe 1905, 2 Bände, Berlin 1970
- Löffler, Martin: Urteilsanmerkung, NJW 60, 29 ff
- Presserecht, Kommentar zum Presserecht der Länder sowie zu den sonstigen die Presse betreffenden Vorschriften, Bd. I: Allgemeines Presserecht, 2. Auflage, München 1969
- Mangoldt, Hermann von: Das Bonner Grundgesetz, Berlin und Frankfurt a. M. 1953 (zitiert: Kommentar)
- Das Bonner Grundgesetz, 2. Auflage, Berlin und Frankfurt a. M. 1957/64, zusammen mit Klein Friedrich, siehe dort

- Maunz, Theodor: Deutsches Staatsrecht, 18. Auflage, München 1971
- Maunz-Dürig-Herzog: Grundgesetz, Kommentar, siehe unter Dürig, Günther
- Maunz-Sigloch-Schmidt-Bleibtreu-Klein: Bundesverfassungsgerichtsgesetz mit Nebengesetzen, München und Berlin 1967
- Maurach, Reinhart: Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Ein Lehrbuch, Karlsruhe, 3. Auflage 1965
- Mayer, Hellmuth: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1967
- Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht, Zwei Bände, Nachdruck der 3. Auflage, Berlin 1969
- Mezger-Blei: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1970
- Müller-Emmert, Adolf: (zusammen mit Friedrich, Horst)
Die Strafrechtsreform (Das zweite Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 4. 7. 69) DRiZ 69, 276 ff
- Nawiasky, Hans: Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart-Köln 1950
(zitiert: Grundgedanken)
- Oehler, Dietrich: Buchrezension, JZ 70, 264 ff
- Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch, Kurzkommentar, 31. Auflage, München 1972
- Peters, Karl: Urteilsanmerkung, JZ 57, 64 ff
- Preiser, Wolfgang: Das Recht zu strafen in: Mezger-Festschrift, München und Berlin 1954, S. 71 ff.
- Quaritsch, Helmut: Eigentum und Polizei, DVBl 59, 455 ff
- Rehbinder, Manfred: Grenzen der Meinungs- und Pressefreiheit, NJW 62, 2140 ff
- Reichsgerichtsrätekommentar: (Denecke u. a.) 11. Auflage, Berlin 1959
- Reif, Eduard: Der Begriff der Verwirkung des Grundgesetzes (unter besonderer Berücksichtigung der Lehre vom Mißbrauch der Grundrechte), Diss. Bochum 1970

XIX

- Reißmüller, Johann,
Georg: Das Monopol des Bundesverfassungsgerichts aus Art. 18 des Grundgesetzes, Bemerkungen im Anschluß an BVerfGE 10, 118, JZ 60, 529 ff
- Ridder, Helmut: Meinungsfreiheit in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. 2, S. 243 ff, Berlin 1954
- "Sühnegedanke", Grundgesetz, "verfassungsmäßige Ordnung" und Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland, Erwägungen anläßlich einer unorthodoxen höchstrichterlichen Entscheidung, DöV 1963, 321 ff
- (zusammen mit Stein, Ekkehart): Die Freiheit der Wissenschaft und der Schutz von Staatsgeheimnissen, DöV 62, 361 ff
- Roellecke, Gerd: Buchrezension. Der Staat, 8. Band, 1969, S. 536 ff
- Roxin, Claus: Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 66, 377 ff
- Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs ZStW 81 (1969), S. 613 ff
- Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, Berlin 1970
- Ruhrmann, H. W. : KPD-Verbotsurteil des Bundesverfassungsgerichts und Staatsschutzrechtsprechung des Bundesgerichtshofs, NJW 56, 1817 ff
- Rupp, Hans-Heinrich: Das Urteil des BVerfG zum Sammlungsgesetz - eine Wende in der Grundrechtsinterpretation des Art. 2 Abs. 1 GG? NJW 66, 2037 ff
- Scheuner, Ulrich: Der Verfassungsschutz im Bonner Grundgesetz in: Festgabe für Erich Kaufmann, S. 313 ff, Stuttgart 1950
- Gegenstand und Träger des Verfassungsschutzes, BayVbl 63, 65 ff
- Schönke-Schröder: Strafgesetzbuch, Kommentar, 15. Auflage, München 1970
- Scholler, Heinrich: Person und Öffentlichkeit. Zum Spannungsverhältnis von Pressefreiheit und Persönlichkeitsschutz, München 1967
- Schmidhäuser, Eberhard: Strafrecht Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch, Tübingen 1970

- Schmidt, Eberhard: Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Auflage, Göttingen 1965
- Schmitt, Carl: Verfassungslehre, 4. Auflage, München und Leipzig 1928
- Schmitt Glaeser, Walter: Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten im politischen Meinungskampf, Bad Homburg-Berlin-Zürich 1968
- (Schmitt Walter Oskar): Die Verwirkung des Wahlrechts und der Wählbarkeit nach § 39 Abs. II BVerfGG, NJW 66, 1734 ff
- Schmitz, Hans-Otto: Die Verfassungsschutzbestimmung des Artikel 18 des Bonner Grundgesetzes, Diss., Köln 1961
- Schnur, Roman: Pressefreiheit, VVDStRL 22, 101 ff
- Schwenk, Edmund H.: Umfang und Wirkung von Meinungs- und Pressefreiheit, NJW 62, 1321 ff
- Seifert, Karl-Heinz: Zum Verbot politischer Parteien, DöV 1961, 81 ff
- Siebert, Wolfgang: Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, Marburg 1934 (zitiert: Verwirkung)
- Sigloch, Heinrich: Zur Bedeutung des Art. 18 GG für das einfache Recht, MDR 64, 881 ff
- Soergel-Siebert: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 10. Auflage, Stuttgart-Berlin-Köln - Mainz 1967
- Staudinger, J. v.: Kommentar zum BGB, 11. Auflage, Berlin 1954/71
- Stern, Klaus: Probleme der Errichtung eines Verfassungsgerichts in Berlin, DVBl 63, 696 ff
- Stree, Walter: Deliktsfolgen und Grundgesetz. Zur Verfassungsmäßigkeit der Strafen und sonstigen strafrechtlichen Maßnahmen, Tübingen 1960
- Wagner, Ulrich: Die Verwirkung der Wählbarkeit, Diss. Mainz 1957
- Weber, Hellmut v.: Der Schutz des Staats. Welche strafrechtlichen Normen empfehlen sich zum Schutz des Staates? Verhandlungen des 38. Deutschen Juristentages, Tübingen 1951 E 1 ff
- Die Sonderstrafe, DRiZ 51, 153 ff

- Wehrhahn, Herbert: Systematische Vorfragen einer Auslegung des Art. 2 Abs. I des Grundgesetzes, AöR 81, 250 ff
- Welzel, Hans: Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung, 11. Auflage 1969
- Wernicke, Kurt Georg: Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar), zusammen mit Abraham und anderen, Hamburg, Stand 1971 (zitiert: BK)
- Wertenbruch, Wilhelm: Grundgesetz und Menschenwürde. Ein kritischer Beitrag zur Verfassungswirklichkeit, Berlin/Köln 1958 (zitiert: Menschenwürde)
- Der Grundrechtsbegriff und Art. 2 Abs. 1 GG, DVBl 58, 481 ff
- Wilke, Dieter: Die Verwirkung der Pressefreiheit und das strafrechtliche Berufsverbot. Zugleich ein Beitrag zur Rechtsnatur und zu den Grenzen der Grundrechte, Berlin 1964 (zitiert: Berufsverbot)
- Urteilsanmerkung, NJW 65, 2211 ff
- Willms, Günther: Art. 18 GG und der strafrechtliche Staatsschutz, NJW 64, 225 ff
- Ist § 93 StGB zu entbehren?, NJW 65, 1457 ff
- Staatsschutz im Geiste der Verfassung, Frankfurt a. M./Bonn 1962
- Wintrich, Josef: Zur Problematik der Grundrechte, Köln und Opladen 1957
- Wintrich-Lechner: Verfassungsgerichtsbarkeit in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, 3. Band, 2. Halbband, Berlin 1959
- Wolff, Hans J. : Verwaltungsrecht I. Ein Studienbuch, 8. Auflage, München 1971

I. T E I L

1. KAPITEL GRUNDLAGEN

Ausgangspunkt der Untersuchung ist § 42 I StGB ¹⁾. Absatz I dieser Vorschrift lautet:

"Wird jemand wegen eines Verbrechens oder Vergehens, das er unter Mißbrauch seines Berufs oder Gewerbes oder unter grober Verletzung der ihm kraft seines Berufes oder Gewerbes obliegenden Pflichten begangen hat, zu Freiheitsstrafe von mindestens drei Monaten verurteilt, so kann ihm das Gericht zugleich auf die Dauer von mindestens einem und höchstens fünf Jahren die Ausübung des Berufs, Gewerbes oder Gewerbebezweiges untersagen, wenn dies erforderlich ist, um die Allgemeinheit vor weiteren Gefährdungen zu schützen".

Absatz II konkretisiert die Folgen des Berufsverbots. Verstöße sind nach § 145 c StGB mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren und mit Geldstrafe oder mit einer dieser Strafen zu ahnden. Absatz III betrifft Wirksamwerden und Lauf der Maßregel. Nach Absatz IV kann das Gericht die Untersagung der Berufsausübung wieder aufheben, wenn der Zweck der Maßregel ihre Fortdauer nicht mehr erforderlich erscheinen läßt. Die Aufhebung ist frühestens nach Ablauf eines Jahres zulässig.

Bei einem flüchtigen Vergleich von § 42 I mit Art. 18 GG leuchtet nicht ohne weiteres ein, wie die beiden Vorschriften miteinander in Konflikt geraten sollten. Art. 18 GG bestimmt:

"Wer die Freiheit der Meinungsäußerung, insbesondere die Pressefreiheit (Artikel 5 Abs. 1), die Lehrfreiheit (Artikel 5 Abs. 3), die Versammlungsfreiheit (Artikel 8), die Vereinigungsfreiheit (Artikel 9), das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis (Artikel 10), das Eigentum (Artikel 14) oder das

1) Die Verfassungsmäßigkeit eines strafrechtlichen Berufsverbots im Rahmen von Bewährungsauflagen nach § 24 b Abs. II Nr. 2 StGB kann hier weiter nicht untersucht werden. Zu dieser Sonderproblematik vgl. BGHSt 9, 258 [259]; OLG Hamm NJW 55, 34; Jagusch in LK § 24 Rdn 2; Schönke-Schröder § 24 b Rdnr. 17; Dreher § 24 b/3; Kohlrausch-Lange § 24 III Nr. 2; Löffler, Presserecht I S. 200 Rdnr. 7; Peters JZ 57, 64; Bruns NJW 59, 1393; Wilke, Berufsverbot S. 13.

Asylrecht (Artikel 16 Abs. 2) zum Kampfe gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung mißbraucht, verwirkt diese Grundrechte. Die Verwirkung und ihr Ausmaß werden durch das Bundesverfassungsgericht ausgesprochen. "

Weder ist im Tatbestand des Art. 18 GG das Grundrecht der Berufsfreiheit genannt, noch scheinen die Rechtsfolgen Berufsverbot - Verwirkung miteinander etwas zu tun zu haben. Das Bild ändert sich aber, wenn man § 39 Abs. I BVerfGG in die Betrachtung einbezieht und dazu die Rechtsprechung des BVerfG berücksichtigt.

Gemäß § 39 Abs. I BVerfGG, der sich mit dem Inhalt der Entscheidung im Verwirkungsverfahren beschäftigt, kann das BVerfG dem Antragsgegner nach Art und Dauer genau bezeichnete Beschränkungen auferlegen, die aber nicht andere als die verwirkten Grundrechte beeinträchtigen dürfen. Nach Satz 4 der Vorschrift benötigen die Verwaltungsbehörden insoweit zum Einschreiten gegen den Antragsgegner keine weitere gesetzliche Ermächtigung. Das BVerfG hat nun mehrfach ausgesprochen, daß es auf Grund von Art. 18 GG / § 39 BVerfGG ein Berufsverbot verhängen könne ²⁾. Es leuchtet daher nicht ohne weiteres ein, daß ein einfaches Strafgericht in gleicher Weise berufen sein sollte, dieselbe Rechtsfolge an einen - zumindest im Fall der politischen Straftaten - ähnlichen Sachverhalt zu knüpfen. Die Frage, wie sich die vom BVerfG beanspruchte Kompetenz begründen läßt sowie das Problem des Verhältnisses von verfassungsgerichtlicher und strafgerichtlicher Untersagungsmöglichkeit hat eine Flut von Meinungen auf den Plan gerufen, die die Friktion beider Normenkomplexe zu lösen versuchten, zum Teil durch Nichtigerklärung des § 42 I StGB ³⁾, zum Teil auch durch Ablehnung eines verfassungsgerichtlichen Berufsverbots, weil das Grundrecht der Berufsfreiheit in Art. 18 GG nicht erwähnt sei.

Im folgenden sollen zunächst die zwei möglichen - entgegengesetzten - Ausgangspunkte aller Ansichten erörtert werden, die sich um ein Verständnis der grundgesetzlichen Verwirkungsnorm bemühen; sodann wird eine kritische Sichtung repräsentativer Lehrmeinungen und der Rechtsprechung Fingerzeige für die Pro-

2) BVerfGE 10, 118 (Nordrhein-Westfalen-Entscheidung); 25, 88; siehe dazu auch BGHSt 17, 38; BGH JZ 65, 492 = NJW 65, 1388.

3) Vgl. statt vieler Löffler NJW 60, 29; derselbe, Presserecht Bd. I S. 199 Rdnr. 2; Dürig in Komm. Art. 18 Rdnr. 96; Reißmüller JZ 60, 533; Stree, Deliktsfolgen und Grundgesetz S. 225 Anm. 30.

4) So vor allem Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung, S. 194 ff, bes. S. 201 f.

blemLösung liefern und zur Darstellung der eigenen Anschauung führen, die an Hand einer darauf zugeschnittenen und daher notwendigerweise fragmentarischen Interpretation von § 42 I StGB und Art. 18 GG/§ 39 BVerfGG vorgenommen werden wird.

2. KAPITEL

ART. 18 GG,

SPERRNORM ODER NORM DES ZUSÄTZLICHEN VERFASSUNGSSCHUTZES?

Bei einer Betrachtung des Verhältnisses von Art. 18 GG zu dem Teil des einfachen Gesetzesrechts, der auf die Bekämpfung von verfassungsfeindlicher Aktivität abzielt - also insbesondere dem Staatsstrafrecht - kann man zwei entgegengesetzte gedankliche Grundpositionen einnehmen.

Nach der einen stellt Art. 18 GG eine abschließende Regelung der Sanktionen gegen die individuelle Verfassungsbekämpfung dar. Nur die in Art. 18 genannten Grundrechtsbetätigungen unterliegen einer Mißbrauchsreaktion; als solche ist allein der Verwirkungsausspruch des BVerfG vorgesehen ¹⁾.

Nach der anderen Grundkonzeption hat Art. 18 GG additive Natur; er soll den überkommenen Staatsschutz ²⁾ strafrechtlicher Art auf besonders wirksame Weise ergänzen, keinesfalls aber einschränken. Der Bestand vorhandener oder de lege ferenda zu schaffender Staatsschutznormen wird nach dieser Anschauung von Art. 18 GG nicht berührt.

Jede Untersuchung, die sich mit dem Verhältnis von § 42 I StGB zu Art. 18 GG auseinandersetzen will, muß von einem dieser Standpunkte ausgehen. Es wird der Vielfalt der Schattierungen in der Diskussion aber nicht gerecht, wenn man - wie etwa Schmitt Glaeser ³⁾ - sämtliche Lehrmeinungen einer und nur einer der Sparten "Sperrnorm - zusätzliche Verfassungsschutznorm" zuordnet und den Streit in rein antithetische Geleise drängt. In Wirklichkeit wird nämlich kaum einer dieser Standpunkte rein vertreten. Kein Verfechter der These von der zusätzlichen Verfassungsschutznorm will wirklich seine Theorie, die - bis zum Exzeß getrieben - das BVerfG seines Monopols zum Verwirkungsausspruch berauben würde, so weit ausdehnen; kaum ein Autor, der Art. 18 Sperrwirkungen beilegt, zieht wirklich sämtliche Konsequenzen seiner Auffassung. Um unannehmbaren Folgen im Hinblick auf das Polizeirecht, das politische Strafrecht u. a. zu entgehen, wird vielmehr die Sperrwirkung ihrerseits wieder durch verschiedene

-
- 1) Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung, S. 252: "Für die Vertreter dieser Ansicht ist charakteristisch, daß sie Satz 1 von Art. 18 vor allem in seiner enumerativen Beschränkung zur Kenntnis nehmen, um dann den eigentlichen Schwerpunkt auf Satz 2 zu legen und die ausdrückliche Zuständigkeit des BVerfG zu betonen".
 - 2) Zu diesem Begriff vgl. Maunz, Deutsches Strafrecht, S. 320; Schmitt Glaeser, a. a. O., S. 59.
 - 3) a. a. O., S. 16, 17; S. 232 ff; S. 262 ff.

Kunstgriffe eingeschränkt. Kurz gesagt, geht der Streit nur darum, wie weit die Sperrwirkung des Art. 18 zu ziehen ist.

Hierbei erscheint die Erkenntnis von grundlegender Bedeutung, daß sich Sperrwirkungen sowohl aus dem Tatbestand des Art. 18 - der im ersten Halbsatz des ersten Satzes enthalten ist - wie auch aus der Rechtsfolge "Verwirkung" ableiten lassen, wobei der gesperrte Bezirk jeweils ein ganz verschiedener zu sein vermag. Wird dem von Art. 18 GG tatbestandlich umschriebenen Gebiet Exklusivwirkung zugeschrieben, so bedeutet dies im Extremfall, daß im Bereich "Mißbrauch von Grundrechten zum Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung" nur das BVerfG zu Sanktionen ermächtigt ist, während Abwehrmaßnahmen anderer staatlicher Organe unzulässig sind. Noch unübersehbarer werden die Folgen, wenn man nicht nur den Mißbrauch von Grundrechten, sondern den gesamten Kreis der individuellen Verfassungsbekämpfung in den Sperrbezirk einbezieht, um nur den besonders gravierenden Fall des Grundrechtsmißbrauchs einer Sanktion eines staatlichen Organs - des BVerfG - zugänglich zu machen. "Sperrwirkung der Rechtsfolge" bedeutet dagegen in reiner Form, daß alle staatlichen Gewalten im Rahmen ihrer Befugnisse zur Bekämpfung der aktiven Verfassungsaggression befugt sind, daß aber Maßnahmen ausgeklammert werden müssen, die mit der Verwirkung identisch sind bzw. ihr gleichkommen.

Es liegt auf der Hand, daß sich durch Modifizierung der genannten Prinzipien wie auch durch ihre Verbindung eine Vielzahl von Kombinationsmöglichkeiten ergibt. Es bleibt daher nichts anderes übrig, als im folgenden die Reihe der Meinungen Revue passieren zu lassen. Hierbei soll der Blick vom Pol "Sperrnorm" zum Gegenpol "zusätzliche Verfassungsschutznorm" schweifen. Eine Einordnung in diese Rubriken erfolgt insoweit, als der betreffende Autor selbst den Akzent gesetzt hat, bedeutet aber keineswegs, daß nicht auch Elemente des Gegenstandspunktes vertreten wären. Weiter ist zu untersuchen, ob Sperrwirkungen aus dem Tatbestand oder aus der Verwirkungsfolge abgeleitet werden und welche Gründe zu ihrem Beleg angeführt werden.

3. KAPITEL DAS KALEIDOSKOP DER MEINUNGEN

I. Abschnitt Art. 18 als Sperrnorm

- a) Zu den ältesten Vertretern einer Sperrwirkung des Art. 18 GG zählen Nawiasky ¹⁾, Ipsen ²⁾ und Beyer ³⁾. Hier klingt der Gedanke der "Sperrnorm großen Stils" ⁴⁾ zum ersten Mal an, wie ihn Willms und Čopić später auszubauen suchten ⁵⁾. Die Äußerungen der genannten Schriftsteller tragen aber entweder den Charakter von obiter dicta oder sie sind zu kurz gehalten, als daß ihnen etwas Sicheres über Art und Umfang der angenommenen Sperrwirkung und deren Grundlage entnommen werden könnte. Den Ausführungen ergibt sich nur, daß das in Art. 18 GG niedergelegte Monopol des BVerfG zur Annahme von Exklusionswirkungen des Art. 18 zwingt.
- b) Eindeutiger sind Löfflers Darlegungen ⁶⁾. Er mißt der Rechtsfolge des Art. 18 und nur dieser eine umfassende Sperrwirkung zu. In seiner Rezension der

-
- 1) Grundgedanken, S. 33: "Also ist es Sache der Behörde, welche den Mißbrauch behauptet, ihrerseits den Spruch des Verfassungsgerichts herbeizuführen; inzwischen aber ist der Mißbrauch ungehindert".
 - 2) Speziell für das Eigentum in VVDStRL 10, 96: "Wenn Eigentumsverwirkung aus einer solchen Verhaltensweise kraft - und ausschließlich - kraft Entscheidung des BVerfG in dem hierfür vorgesehenen förmlichen Verfahren eintreten kann, so muß daraus gefolgert werden, daß gesetzliche Eigentumsbindung oder Enteignung jeder Art aus gleichen Gründen zu Lasten des Eigentümers ausgeschlossen ist ...".
 - 3) NJW 54, 713: "Begrifflich kann ein Grundrecht, solange es nicht verwirkt ist, gar nicht überschritten werden ... Die ganze Einrichtung der Grundrechtsverwirkung wäre sinnlos, wenn das Grundrecht im praktischen Falle bei seiner Anwendung, bei der Rechtsausübung bereits durch polizeiliche Gesetze eingeschränkt wäre".
 - 4) Der Ausdruck stammt von Schmitt Glaeser (Mißbrauch und Verwirkung, S. 252).
 - 5) Siehe S. 17, 19.
 - 6) NJW 60, 29 (Urteilsanmerkung zu BVerfGE [Nordrhein-Westfalen-Urteil] 10, 118); Presserecht Bd. I S. 199 ff (Rdz. 2 zu § 42 I StGB).

Nordrhein-Westfalen-Entscheidung des BVerfG vertritt er die Auffassung, ein strafrechtliches Berufsverbot sei nicht nur zur Ahndung eines Mißbrauchs von Grundrechten zum Kampf gegen die freiheitlich demokratische Grundordnung unzulässig, sondern verstoße, wenn es gegenüber Presseangehörigen verhängt werde, auch dann gegen Art. 18, wenn diese etwa wegen Beleidigung in Berufsausübung und in böswilliger Absicht verurteilt würden ⁷⁾; ein Berufsverbot gegen Presseangehörige sei schlechthin wegen Verstoßes gegen die Verwirkungsregelung des Grundgesetzes unzulässig ⁸⁾.

Löffler legt seiner These die Auffassung zugrunde, Berufsverbot und Grundrechtsverwirkung liefen auf dasselbe hinaus; das Berufsverbot nach § 42 I StGB berech- tige eine unterverfassungsgerichtliche Stelle dazu, einen der Verwirkung gleich- kommenden Spruch zu fällen. Das strafrechtliche Berufsverbot führe bei Presse- angehörigen praktisch zur Verwirkung der Pressefreiheit und verstoße damit ge- gen das in Art. 18 GG festgelegte Entscheidungsmonopol des BVerfG. Die Folge sei Nichtanwendbarkeit des § 42 I StGB gegenüber Presseangehörigen.

Löffler ist scharf kritisiert worden ⁹⁾, sowohl wegen seines Denkansatzes, als auch deshalb, weil er durch Überschreitung des Verfassungsschutzbezirks die Sperrwirkung des Art. 18 GG unüberschaubar ¹⁰⁾ ausdehne.

Wenn man aber die Möglichkeit einer sperrenden Funktion des Art. 18 anerkennt, ist denklogisch sicher auch eine Konzeption möglich, die sämtliche Maßnahmen der hoheitlichen Gewalt allein auf ihre Verwirkungsgleichheit überprüft, ohne sich auf den Raum "Kampf gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung" zu beschränken. So gesehen, bildet Löfflers These von der alleinigen und umfas- senden Sperrwirkung der Rechtsfolge ein Extrem am einen Ende der Skala ¹¹⁾.

7) NJW 60, 29 (unten).

8) Presserecht I, S. 200 Rdz. 6.

9) Reißmüller, JZ 60, 531; Wilke, Berufsverbot, S. 119; Stree, Deliktsfolgen und Grundgesetz, S. 225; Haller, Diss. S. 116; Hönsch, Diss. S. 127; an dieser Stelle ist auch Gallwas anzuführen, auch wenn er sich nicht aus- drücklich auf Löffler bezieht (Mißbrauch, S. 149).

10) Reißmüller, a. a. O., der Löfflers Ansicht für von der "diskutablen rechts- politischen Vorstellung induziert" hält, Berufsverbote gegen Presseangehö- rige sollten nur Gerichten anvertraut sein. Die Ansicht, nur das BVerfG solle Berufsverbote gegen Presseangehörige verhängen können, lehnt Reiß- müller jedoch strikt ab.

11) Ähnlich positiv vom rein logischen Standpunkt aus Schnur, VVDStRL 22, 147 FN 127.

Löffler muß aber im Hinblick auf die Folgen seiner Anschauung widersprochen werden. Gallwas hat mit Recht von den "absurden Ergebnissen" gesprochen, zu denen eine rein auf den Effekt abstellende Betrachtungsweise führen würde ¹²⁾. Sowohl die in § 1676 BGB geregelte Verwirkung der elterlichen Gewalt, als auch die Gewerbeuntersagung und alle Freiheitsstrafen - unabhängig von ihrer sonstigen Zulässigkeit - würden gegen Art. 18 GG verstoßen. Aber auch abgesehen von der Frage, ob Art. 18 GG eine derartig umfassende Sperrwirkung der Rechtsfolge äußert, sind gegen Löfflers Ausführungen Einwände zu erheben ¹³⁾. Löffler behauptet ¹⁴⁾, § 42 I StGB sei nicht anwendbar auf Presseangehörige. Hierbei ist er einem Trugschluß unterlegen, der immer wiederkehrt ¹⁵⁾ und der von der Gestaltung der von der Rechtsprechung entschiedenen Fälle ausgeht, nämlich der Annahme, § 42 I StGB sei von vornherein nur problematisch für Journalisten, die wegen Kampfes gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung verurteilt würden. Allerdings war bei den bisherigen, zur höchststrichterlichen Entscheidung bei BGH oder BVerfG gelangten Fällen der Sachverhalt immer so gestaltet, daß ein Journalist oder Redakteur wegen eines Staatsgefährdungsdelikts nach §§ 84 ff StGB verurteilt und im Gefolge der Verurteilung mit einem Berufsverbot nach § 42 I StGB belegt worden war. Doch hätte gerade Löffler bemerken müssen, daß eine konsequente Durchführung seiner These von der Verwirkungsgleichheit der strafrechtlichen Berufsfreiheit zur allgemeinen Nichtigkeit des § 42 I StGB führen würde, ohne Beschränkung auf Presseberufsangehörige. Diese Erkenntnis bietet uns Anlaß und Möglichkeit, auch einen bedeutsamen Irrtum all derer aufzuklären, die - geblendet von der Gestaltung der bisher entschiedenen Fälle - allein bei den Presseberufen ansetzen und erst dann ihre Theorien zur Sperrwirkung des Art. 18 GG entwickeln ¹⁶⁾, ohne zu erkennen, daß die Beschränkung

12) a. a. O., S. 149.

13) Die Kollision von Löfflers oben (S. 7) zitierter These, Berufsverbote gegen Presseangehörige seien allgemein unzulässig mit seiner im nächsten Absatz stehenden Feststellung, das Verwirkungsmonopol beziehe sich nur auf die Fälle des Mißbrauchs der Grundrechte zum Kampf gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung, hat schon Reißmüller (JZ 60, 531) kritisiert. Es scheint sich aber um einen lapsus linguae gehandelt zu haben, denn in Presserecht I S. 200 Rdz. 6, das 1969 in zweiter neubearbeiteter Auflage erschienen ist, beharrt Löffler auf seiner extensiven Anschauung.

14) Presserecht I, a. a. O. .

15) Vgl. Dürig in Kommentar Rdz. 18 zu Art. 18; Schönke-Schröder, StGB Anm. 4 zu § 42 I StGB; Čopić, JZ 63, 494; Stree, Deliktsfolgen und Grundgesetz, S. 225 FN 30; Wilke, Berufsverbot, S. 13; Reif, Diss. S. 155.

16) Vgl. die in FN 15 Genannten.

der Problematik eines Berufsverbots auf Angehörige des Journalistenstands die Folge einer von ihnen unbewußt schon vorher gemachten Einschränkung ist. Wer den Tatbestand "Grundrechtsmißbrauch zum Kampf gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung" zur Einschränkung der Sperrwirkung der Rechtsfolge miteinbezieht, gelangt zwangsläufig zu den Presseberufen, weil weitgehend nur hier ein berufsmäßiger Mißbrauch eines Grundrechts - nämlich aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG - denkbar erscheint. Die richtige Verfahrensweise wäre es aber, diese Einbeziehung bei der Darlegung der von Art. 18 ausgehenden Sperrwirkungen vorzunehmen und nicht zunächst den apriorischen Satz aufzustellen, das strafrechtliche Berufsverbot sei von vornherein nur bedenklich bei seiner Verhängung gegenüber Journalisten¹⁷⁾. Im übrigen taucht die ganze Problematik, worauf Manfred Reh binder¹⁸⁾ zutreffend hinweist, nicht nur bei Journalisten, sondern etwa auch bei Lehrern¹⁹⁾ auf, denen nach Art. 18 die Lehrfreiheit ebenfalls aberkannt werden könne. Eine Maßregel nach § 42 I StGB ist im Hinblick auf die grundgesetzliche Verwirkungsnorm problematisch - gleich welchen Berufszweig sie betrifft - wenn in berufsmäßiger Weise von einem anderen als dem Grundrecht aus Art. 12 Gebrauch gemacht wird. Entscheidend ist also die Überlagerung eines sonstigen Grundrechtsbereichs mit dem Grundrecht aus Art. 12 GG. Die Ansicht, das strafrechtliche Berufsverbot sei von vornherein nur bei Journalisten problematisch, ist daher in doppelter Weise unrichtig: einmal wegen ihres apriorischen Auftretens (vgl. Löfflers Anschauung) und andererseits, weil auch noch bei anderen Berufsgruppen Art. 18 GG auf ein Berufsverbot ausstrahlen kann. Im Verlauf der weiteren Untersuchung wird daher von einer Einengung der Problematik auf Journalisten abgesehen²⁰⁾.

-
- 17) So aber z.B. Dürig in Komm. Anm. 96 zu Art. 18. Vergleiche auch die verfehlt, weil zu enge Fragestellung bei Wilke "Pressefreiheit und Berufsverbot". Nur bei einer solchen Verkehrung der Denkschritte kann der Eindruck einer grundlosen Privilegierung des Journalistenstandes entstehen, wie sie Reh binder NJW 62, 2141 und Schnur, VVDStRL 22, 146 FN 125 geisseln.
- 18) a. a. O. . Vgl. auch Gallwas, Mißbrauch, S. 139.
- 19) Wobei der von Manfred Reh binder etwas sorglos gebrauchte Begriff nur solche Lehrberufe erfaßt, die nicht nur fremde wissenschaftliche Forschungsergebnisse oder allgemein feststehende Tatsachen, sondern auch eigene Denkresultate vortragen, also vornehmlich - wenn auch nicht ausschließlich - akademische Lehrer (so Hamann-Lenz, Komm. Anm. 14 zu Art. 5 GG gegen v. Mangoldt-Klein, Komm. Art. 5 Anm. X 5b - 6b [S. 528]).
- 20) Auch Willms NJW 64, 226 erkennt, daß der vom BVerfG in E 10, 118 entschiedene Fall der Verleger und Redakteure nur einen Spezialfall darstellt.

Kritik verdient auch Löfflers Ansicht ²¹⁾, das strafrechtliche Berufsverbot sei wegen Verstoßes gegen Art. 18 GG in Verbindung mit Art. 5 GG verfassungswidrig. Auch das ist eine Folge seiner inkonsequenten Fixierung auf Presseangehörige. § 42 I StGB müßte seiner Ansicht nach schon wegen Verstoßes gegen Art. 18/Art. 12 GG (Setzung einer der Verwirkung der Berufsfreiheit - die in Art. 18 nicht enumeriert ist - gleichkommenden Rechtsfolge) nichtig sein; des Umwegs über Art. 5 bedarf es nicht ²²⁾.

c) Sehr viel zurückhaltender äußert sich Reißmüller ²³⁾. Auch er geht von der Nordrhein-Westfalen-Entscheidung aus, interpretiert die Aussagen des BVerfG aber restriktiv.

Art. 18 GG räumt seiner Ansicht nach dem BVerfG ein Monopol für das Verhängen der Sanktion "Verwirkung" auf Grund des Tatbestands "Mißbrauch eines Grundrechts zum Kampf gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung" ein. Reißmüller hält also daran fest, daß die Sperrwirkung von der Rechtsfolge ausgeht ²⁴⁾, begrenzt diesen Bereich aber durch Einfügung des finalen Elements "Mißbrauch von Grundrechten zum Kampf gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung" auf den Bereich des Staatsschutzes.

Da für Reißmüller das strafrechtliche Berufsverbot nach § 42 I StGB einer Verwirkung der Pressefreiheit gleichsteht - ebenso wie die Freiheitsstrafe die Aberkennung des Grundrechts aus Art. 2 Abs. II S. 2 GG bedeute ²⁵⁾ - kommt er in den Fällen einer Verurteilung wegen verfassungsfeindlicher Betätigung zur Unzulässigkeit eines strafrechtlichen Berufsverbots ²⁶⁾.

21) Presserecht I S. 199 Rdz. 2, 4; S. 200 Rdz. 6. Sie beruht aber auf der Entscheidung BVerfGE 10, 118, von der noch zu sprechen sein wird.

22) Daß gleichzeitig auch eine Verletzung des Grundrechts aus Art. 5 I 2 gegeben ist, steht außer Frage. Wie hier Haller, Diss. S. 74 (gegen das in der vorstehenden Anmerkung des BVerfG zitierte Urteil des BVerfG). Dagegen ist Schnur in VVDStRL 22, 145 f auf Grund einer von ihm vorgenommenen scharfen Trennung von Beruf und Pressefreiheit der Ansicht, ein Berufsverbot lasse die letztere stets unangetastet.

23) JZ 60, 529.

24) Vgl. Reißmüllers Ausführungen a. a. O., S. 531 unten.

25) Ganz entgegengesetzt Sigloch MDR 64, 883, vgl. hierzu S. 26.

26) Ähnlich Brinkmann, Grundrechte, Art. 18/I 4; auch Bettermann, JZ 64, 606: "... Freilich dürfen die Sanktionen in ihrer Wirkung oder ihrem Inhalt der Verwirkung nicht gleichkommen". Ganz wie Reißmüller auch Haller, Diss. S. 115, 167.

Die Zulässigkeit der Freiheitsstrafe rettet Reißmüller durch Abstellen auf das Gegensatzpaar "Prävention - Repression", ein Argument, dem man auch noch anderweitig begegnet ²⁷⁾. Die Strafe bezwecke die Verhängung eines Übels nur um der Sühne willen, wirke also repressiv. Sie unterscheide sich damit grundlegend von dem rein präventiven Zwecken dienenden Art. 18 GG, dessen Absicht die Unschädlichmachung des Aggressors, nicht aber Vergeltung für getanes Unrecht sei. Anders dagegen das strafrechtliche Berufsverbot nach § 42 I StGB, das die zukünftige, präventive Aussperrung des Delinquenten aus einem ganzen Lebensbereich zur Folge habe: es konkurriere mit Art. 18 und verstoße somit gegen das Entscheidungsmonopol des BVerfG, seine Verhängung sei im Bereich des vom Tatbestand "Grundrechtsmißbrauch zum Kampf gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung" umschriebenen Gebiets unzulässig.

Diese These kann erst abschließend gewürdigt werden, wenn untersucht worden ist, ob Art. 18 GG wirklich allein Präventionswirkung zukommt. Soviel ist aber jetzt schon zu bemerken, daß die Unterscheidung "repressive Strafe - präventive Maßregel" sowie die Sicherungsfunktion des Art. 18 GG nicht so eindeutig festliegen, daß es ratsam wäre, sie als Kernstück in die Exegese der grundgesetzlichen Verwirkungsnorm einzubauen ²⁸⁾.

d) Den Übergang zu einer alleinigen Sperrwirkung des Tatbestands vermittelt Wilke ²⁹⁾. Auch er sieht sich durch das in der Verwirkungsnorm des GG niedergelegte Monopol des BVerfG zur Annahme von Exklusivwirkungen veranlaßt. Diese aber auf der Rechtsfolgenseite zu suchen, verbietet ihm seine Anschauung, das Berufsverbot nach § 42 I StGB sei der Verwirkungsfolge nicht vergleichbar ³⁰⁾. Folglich mißt er allein dem Tatbestand von Art. 18 GG Sperrwirkungen zu. Seiner Ansicht nach ist vor dem Verwirkungsausspruch des BVerfG kein anderes

27) So schon Hlawaty, Diss. S. 56; weiterhin Dürig in Komm. Rdz. 94 zu Art. 18, derselbe, JZ 52, 517; Leibholz-Rupprecht, BVerfGG, Anm. 1 vor 36; Gallwas, Mißbrauch, S. 149 f; Hönsch, Diss. S. 122 im Anschluß an Reißmüller; Heeb, Diss. S. 104 ff; Haller, Diss. S. 122.

28) Wie hier auch Čopić, JZ 63, 497; derselbe, Politisches Strafrecht, S. 109, 111, 113, 119; Wilke, Berufsverbot, S. 110; Hamann-Lenz, Art. 18, Anm. A 3; Gallwas, Mißbrauch, S. 150. Zweifel an der Durchführbarkeit der Unterscheidung äußert auch Haller, Diss. S. 123, der ihr aber trotzdem folgt.

29) Berufsverbot, S. 106 ff; derselbe, NJW 65, 2212 (Urteilsanmerkung). Für alleinige Sperrwirkung des Tatbestands plädieren auch Fürchtenbusch, Diss. S. 58, 102 f und Kessler, Diss. S. 96.

30) Berufsverbot, S. 70 ff; S. 109 insbesondere.

Staatsorgan befugt, mit Grundrechtseingriffen auf die Bekämpfung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung zu antworten, weder mit dem Verwirkungsausspruch selbst, noch mit anderen Maßnahmen ³¹⁾. Diese Ausschlußwirkung gelte nicht nur für die in Art. 18 aufgezählten Grundrechte, sondern für jede Grundrechtsbelastung ³²⁾. Eine Differenzierung zwischen präventiven und repräsentativen Normen, wie sie Reißmüller vornimmt, lehnt Wilke ab.

Bei Anwendung von Wilkes Konkurrenzthese auf das hier einschlägige politische Strafrecht ergäbe sich weithin die Nichtigkeit von Normen des StGB, die Landesverrat, Hochverrat oder Gefährdung des demokratischen Rechtsstaats pönalisieren, weil sie Merkmale des Kampfes gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung in sich tragen und zwar auch nach der seit dem 8. Strafrechtsänderungsgesetz vom 25. 6. 68 geltenden Fassung. Wilke nennt insbesondere die §§ 90 a, 91, 92, 93, 95 Abs. III, 96 Abs. III, 96 a Abs. III, 97, 100 d Abs. II, 100 d Abs. III StGB a. F., die ganz oder teilweise den §§ 84, 86, 86a, 89, 90, 90 a, 90 b, 100, 109 f StGB in der Fassung vom 25. 6. 68 (8. Strafrechtsänderungsgesetz) entsprechen ³³⁾.

Allerdings schränkt Wilke im weiteren seine Sperrthese nicht unbeträchtlich ein. Auf Grund des Art. 143 a. F. GG, der im Jahre 1949 die einzige Regelung des deutschen politischen Strafrechts enthielt und in seinem Absatz VI das Tätigwerden des einfachen Gesetzgebers voraussetzte, folgert Wilke, daß das GG vom Nebeneinander des verfassungsrechtlichen und des strafrechtlichen Staatsschutzes ausging ³⁴⁾. Für Wilke ist dies aber nur Grund, das traditionelle Staatsstrafrecht (die Hoch- und Landesverratsbestimmungen, jetzt in §§ 81 ff, 93 ff StGB geregelt) aus dem Bereich der Sperrwirkung auszuschließen, weil es der Verfassungsgeber gekannt und vorausgesetzt habe; die neuen Staatsgefährdungsdelikte (§§ 84 ff StGB n. F.) seien dagegen voll an der Elle des Art. 18 GG zu messen.

Weiterhin führe die Konkurrenz der politischen Straftatbestände mit Art. 18 nicht zu ihrer Nichtigkeit, sondern nur zur Suspension; die Strafgerichte müßten nur den Spruch des BVerfG abwarten, um tätig werden zu können. Es vermag also "jedweder Verwirkungsausspruch die Verfolgungsschleuse für die politische Strafjustiz zu öffnen" ³⁵⁾.

31) a. a. O., S. 110 oben, S. 108; S. 113.

32) a. a. O., S. 113.

33) a. a. O., S. 125.

34) Vgl. jetzt auch BVerfG 25, 88 [99].

35) Čopić, Politisches Strafrecht, S. 125 mit ablehnender Stellungnahme. Gegen Wilke auch Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung, S. 260, 261. Ähnlich wie Wilke dagegen Kessler, Diss. S. 96.

Für die hier besonders interessierende Frage des § 42 I StGB vertritt Wilke eine reine Akzessorietätsbetrachtung. Eine selbständige Prüfung des § 42 I StGB entfällt; die Verhängung eines Berufsverbots ist in dem Maße unzulässig, als eine Bestrafung aus den genannten Tatbeständen gegen Art. 18 verstieße.

Wilkes Ausführungen können nicht unwidersprochen bleiben.

Abgesehen von der später noch zu erörternden allgemeinen Frage, ob Art. 18 GG wirklich derart weitgehende Sperrwirkungen beizulegen sind, kann jedenfalls Wilkes spezielle Begründung ³⁶⁾ nicht überzeugen. Wilke mag - ob zu Recht, sei vorerst dahingestellt - die Verwirkung von Grundrechten für eine ziemlich harmlose Maßnahme halten ³⁷⁾. Wenn er aber erkennt, daß sich die Väter des Grundgesetzes die Verwirkung zumindest als besonders scharfe Waffe dachten ³⁸⁾, so kann er nicht seine umfassende Sperrthese mit einem argumentum a minore ad maius begründen; nämlich damit, daß niemand zur Verhängung schwerwiegenderer Rechtsnachteile ermächtigt sein könne, wenn schon die Herbeiführung der "ziemlich harmlosen Grundrechtslosigkeit" dem BVerfG vorbehalten sei. Dies verkehrt die von der Verfassung gewollte Stufenfolge der Sanktionen.

Einwände sind auch gegen die von Wilke aus Art. 143 a. F. GG gezogenen Folgerungen zu erheben. Wilke übersieht zwar nicht, daß Art. 143 a. F. nur Hochverrat, hochverräterischen Zwang gegen den Bundespräsidenten und deren Vorbereitung betraf, den Landesverrat aber nicht umfaßte ³⁹⁾. Umso mehr verwundert sein Schluß, die Landesverratsdelikte stünden zusammen mit den Hochverratsverbrechen außerhalb des Ausstrahlungsbereichs von Art. 18 GG, während die Staatsgefährdungsdelikte, die erst durch das Erste Strafrechtsänderungsgesetz vom 30. 8. 51 (BGBl. I S. 739) eingeführt worden sind, an Art. 18 GG gemessen werden müßten. Auf Grund von Art. 143 a. F. GG kann keine Trennungslinie zwischen dem klassischen Staatsschutzstrafrecht und den neuen politischen Straftatbeständen gezogen werden. Dem Art. 143 a. F. GG ist nur sicher zu entnehmen, daß der Verfassungsgeber von einem Nebeneinander von Verwirkungsnormen und politischem Strafrecht ausging ⁴⁰⁾, dagegen nicht, welchen Umfang eine derartige Konkurrenz annehmen sollte. Art. 143 a. F. GG enthielt kein Ver-

36) a. a. O., S. 108 oben.

37) a. a. O., S. 110.

38) a. a. O., S. 108 oben.

39) Dagegen gehen Čopić, JZ 63, 499 FN 59 und Dürig, Komm. Rdz. 91 zu Art. 18 irrtümlich davon aus, Art. 143 a. F. GG habe eine vorläufige Regelung des Hoch- und Landesverrats beinhaltet. Vgl. hierzu auch Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung, S. 290.

40) Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung, S. 290.

bot, ein neuartiges Staatsstrafrecht zu schaffen ⁴¹⁾.

Im übrigen ist es irreführend, worauf Blei ⁴²⁾ zutreffend verweist, allein die Tatbestände des Strafgesetzbuchs in der vor dem Zusammenbruch geltenden Fassung zum Vergleich heranzuziehen und daraus gegen die neuen Staatsgefährdungsdelikte zu argumentieren. Außerhalb der sehr eng gefaßten Staatsschutztatbestände des StGB in seiner ursprünglichen Gestalt entwickelte sich bald ein zusätzliches politisches Strafrecht ⁴³⁾, das man zum Teil auch unter der modernen Rubrik "Bekämpfung staatsgefährdender Aktivitäten" einordnen konnte. Von einer irgendwie abschließenden Regelung des politischen Strafrechts im StGB konnte also schon vor dem Zusammenbruch keine Rede sein. Der Verfassungsgeber konnte daher auch in Art. 143 a. F. GG nicht von der alleinigen Zulässigkeit bzw. irgendeiner Bevorzugung der Hoch- und Landesverratstatbestände ausgehen.

Neben diesen Einwänden, die nur Detailfragen der Begründung Wilkes betreffen, bestehen aber auch grundsätzliche Bedenken gegen eine Ableitung von Sperrwirkungen aus dem Tatbestand des Art. 18 GG.

Dies zeigt sich neben einem weitgehenden Abbau des politischen Strafrechts besonders an der Stelle, wo Wilke den Nachweis versucht, die Polizei sei auch nach seiner Anschauung nicht zur Untätigkeit gegenüber staatsfeindlicher Aktivität verurteilt ⁴⁴⁾. Er wiederholt zunächst die bekannte These, die Polizei weise den Störer nur in die Schranken des überschrittenen Rechts zurück, nehme also keine Grundrechtseingriffe vor ⁴⁵⁾. Nun hat aber Lerche ⁴⁶⁾ nachgewiesen, daß eine

41) Derselbe, a. a. O., S. 291 oben.

42) Evangelisches Staatslexikon, Stichwort "Staatsschutzdelikte", Sp. 2201 ff, insbes. Sp. 2202.

43) Spionagegesetz vom 3. 7. 1893/3. 6. 1914; Sozialistengesetz vom 21. 10. 1878; Sprengstoffgesetz vom 9. 7. 1884; Republikschutzgesetz vom 21. 7. 1922; Republikschutzgesetz vom 25. 3. 1930; Notverordnung zum Schutz der im öffentlichen Leben stehenden Personen gegen ehrverletzende Angriffe vom 8. 12. 31; Heimtückegesetz vom 20. 12. 34.

44) a. a. O., S. 113.

45) Vgl. hierzu BVerwG 7, 257 / 261 7; 12, 87 / 96 7; BVerwG DVBl 65, 766; BGHZ 4, 144 / 151.; BGHZ 40, 355 / 361 7, 45, 23 / 25 7; BGH LM Nr. 3 zu § 70 PreußPVG; Dürig in Komm. Rdz. 82 zu Art. 2 Abs. I; derselbe, AöR 79, 86; AöR 81, 137 mit FN 44, 149; Lerche, Übermaß, S. 118 f; Quaritsch, DVBl 59, 457; Schnur, DVBl 62, 1; Friauf in: von Münch, Besonderes Verwaltungsrecht, S. 168 FN 95a (für das Eigentum).

46) Übermaß, S. 118 ff, bes. S. 119. In FN 78 a, S. 119 spricht Lerche sogar davon, daß dem Ausgangsdogma nur ein verschwindend geringer Anwendungsbereich zufalle.

derartige "Schrankenverweisung" regelmäßig mit echten Grundrechtseingriffen verbunden sein wird und Wilke kann nicht umhin, ihm darin zu folgen, Wilke glaubt aber die Funktionsfähigkeit der Polizei auf dem Gebiet des Verfassungsschutzes dadurch aufrechterhalten zu können, daß er diese Grundrechtseingriffe als nicht eigenständig von der Sperrwirkung des Art. 18 ausnimmt. Es liegt auf der Hand, daß er damit seine eigene Sperrtheorie weitgehend entwertet. Da Wilke diese überraschende Kehrtwendung nicht näher begründet (insbesondere fehlt eine Deduktion aus dem allein maßgebenden Art. 18 GG), muß man wohl das Verhältnis zum Polizeirecht als ungelöst betrachten.

e) Von einer aus dem Tatbestand des Art. 18 abzuleitenden Sperrwirkung geht auch Schmitt Glaeser ⁴⁷⁾ aus ⁴⁸⁾. Grund dafür sei das Entscheidungsmonopol des BVerfG. Die Ausstrahlung reiche nicht weiter als der Tatbestand "Mißbrauch von Grundrechten zum Kampf gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung", wirke in diesem Bereich aber absolut, verbiete also jede Reaktion einer anderen Instanz als des BVerfG, gleichgültig, ob sie verwirkungsgleich sei oder nicht. (Er geht also über Wilke hinaus, der nur Grundrechtseingriffe ausschließen möchte.) Hierbei muß aber beachtet werden, daß Schmitt Glaeser seiner Ansicht einen engen, später noch zu erörternden Mißbrauchsbegriff zugrundelegt, der Gewaltlosigkeit und Schleichwerbung für eine Gewalt- und Willkürherrschaft voraussetzt und seine Sperrthese deshalb nur begrenzte Bereiche umfaßt ⁴⁹⁾. Fehle es an dieser typischen Mißbrauchshandlung, so äußere Art. 18 GG keinerlei Wirkungen ⁵⁰⁾.

47) Mißbrauch und Verwirkung, S. 274 ff.

48) Im Sinne Schmitt Glaesers neuerdings auch Dieter-Dirk Hartmann, AöR 70, 567 [567], der die Sperrwirkung des Tatbestands und weiter das Entscheidungsmonopol des BVerfG damit begründet, die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs "freiheitlich-demokratische Grundordnung" solle nicht von den Parlament, Regierung und Exekutivorgane kontrollierenden Machtgruppen beeinflusst werden.

49) a. a. O., S. 278.

50) S. 281. Die Sperrwirkung soll nach Schmitt Glaeser im übrigen auch nicht zum Tragen kommen, wenn die fragliche Aktion Doppelcharakter besitze, neben der Tatbestandserfüllung des Art. 18 also z. B. auch eine "gewöhnliche" Straftat vorliege (deren Tatbestand keine der in Art. 18 S. 1 erster Halbsatz aufgeführten Elemente enthält). Hier könne die Kriminalstrafe verhängt werden, ohne Rücksicht darauf, daß die Verfolgung der aktiven Verfassungsfeindschaft nach Art. 18 dem Bundesverfassungsgericht vorbehalten sei.

Schmitt Glaeser konkretisiert seine Anschauung dahingehend, daß sowohl Maßnahmen unzulässig seien, die über Art. 18 hinausgingen - also Verwirkung anderer als der in Art. 18 genannten Grundrechte - (Stichwort: "Was Art. 18 dem BVerfG nicht erlauben wollte, muß auch und erst recht anderen Instanzen verboten sein") als auch Maßnahmen, die gegenüber der Verwirkungsfolge ein Minus darstellten.

Die Anwendung dieser Grundsätze auf das politische Strafrecht führt ähnlich wie bei Wilke zur Verwerfung einer Reihe von Straftatbeständen ⁵¹⁾, insbesondere der §§ 86 I Nr. 4, 89, 90, 90 a Abs. I und Abs. III, soweit er auf Abs. I Bezug nimmt und § 90 b StGB ⁵²⁾. Daß es weniger sind als bei Wilke, ist darauf zurückzuführen, daß Schmitt Glaeser von vornherein die Ausstrahlung des Art. 18 begrenzt und sich der Gesetzgeber bei der Neufassung der §§ 80 ff StGB durch das 8. Strafrechtsänderungsgesetz größere Zurückhaltung auferlegt hat. Für das Verhältnis von § 42 I StGB zu Art. 18 GG ergibt sich wiederum eine reine Akzes-sorietätsbetrachtung ⁵³⁾. Die Verhängung des strafgerichtlichen Berufsverbots richtet sich allein nach der Verfassungsmäßigkeit des Straftatbestands, auf Grund dessen verurteilt wird.

Nicht überzeugend vermochte aber auch Schmitt Glaeser das Verhältnis des Art. 18 GG zum Polizeirecht zu lösen.

Obwohl er in beträchtlichem Umfang Art. 18 GG Sperrwirkungen beilegt, geht er davon aus, diese Verfassungsschutzbestimmung solle eine zusätzliche Sicherung unserer staatlichen Ordnung ermöglichen und ist folglich bestrebt, die Abwehr von Verfassungsstörungen - worin er zu Recht einen Teil des polizeilichen Aufgabenbereichs sieht - der Polizei zu erhalten. Dies versucht er durch eine Konstruktion verschiedener Gefahrbegriffe; für ein polizeiliches Einschreiten sei eine konkrete Gefährdung notwendig, während Art. 18 GG eine Stufe früher einsetze, bevor sich die Störung zu einem konkreten Angriff verdichtet habe. Es gehe nicht um ein Ereignis, dessen Eintritt für die nächste Zeit zu besorgen sei, sondern um die durch Grundrechtsmißbrauch indizierte Gefährlichkeit des Täters (abstrakte Gefahr) ⁵⁴⁾.

Einer näheren Untersuchung hält diese Abgrenzung jedoch nicht stand. Schmitt Glaeser wird nicht behaupten wollen, daß Art. 18 GG bei einem bereits konkret

51) In der Fassung des 8. Strafrechtsänderungsgesetzes vom 25. 6. 68, BGBl. I S. 741.

52) Schmitt Glaeser, a. a. O., S. 305.

53) a. a. O., S. 312.

54) Mißbrauch und Verwirkung, S. 66 ff, S. 287.

gefährlich gewordenen Täter nicht zur Anwendung kommen kann. Also schließen sich die Gefahrbegriffe in Verwirkungsverfahren und Polizeirecht nicht aus, sind also im Verhältnis zueinander nicht "aliud" ⁵⁵⁾, sondern verhalten sich wie zwei konzentrische Kreise. Eine aus dem Tatbestand abgeleitete Sperrwirkung würde also das Polizeirecht unausweichlich auf dem Gebiet des Staatsschutzes lahmlegen.

f) Eine von den genannten Autoren völlig abweichende Begründung für die Sperrwirkung des Tatbestands gibt Willms ⁵⁶⁾. Ausgangspunkt seiner Darlegung ist die Entscheidung des BVerfG zum § 90a a. F. StGB ⁵⁷⁾, worin diese Vorschrift wegen Verstoßes gegen Art. 21 GG insoweit für nichtig erklärt wurde, als sie auch das Gründen und Fördern von Parteien mit Strafe bedrohte. Art. 21 Abs. III GG enthalte nach dem Bundesverfassungsgericht das sog. "Parteienprivileg". Im Gegensatz zu sonstigen politischen Vereinigungen könnten Parteien nur durch das BVerfG für verfassungswidrig erklärt werden. Daraus folge, daß bis zur Entscheidung des BVerfG niemand die Verfassungswidrigkeit einer Partei geltend machen könne ⁵⁸⁾. Somit sei die Tätigkeit der für die Partei arbeitenden Personen selbst dann legal, wenn die Partei später für verfassungswidrig erklärt werde. Was das Grundgesetz im Rahmen einer verfassungsmäßig verbürgten Toleranz gestatte, könne das Strafgesetz nicht verbieten.

Willms dehnt diese Grundsätze auf die Tätigkeit des politisch Handelnden schlechthin aus, auch auf die nicht parteikonexe ⁵⁹⁾. Der Grundsatz der

-
- 55) So faßt Gallwas, DöV 70, 70 die Anschauung Schmitt Glaesers zusammen.
 56) NJW 64, 225; 65, 1457; Staatsschutz im Geiste der Verfassung, S. 22 ff.
 57) BVerfGE 12, 296. Der Gedanke einer analogen Übertragung dieser bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidung taucht schon bei Heeb, Diss. S. 102, FN 29, 30 auf.
 58) BVerfG a. a. O., S. 305: ... "Das nach dem GG bestehende Entscheidungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts für die Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer Partei schließt also administratives Einschreiten gegen den Bestand einer demokratischen Partei schlechthin aus". A. a. O., S. 306: ... "Das in erster Linie die Parteiorganisation schützende Privileg des Art. 21 II erstreckt sich auch auf die mit allgemein erlaubten Mitteln arbeitende parteioffizielle Tätigkeit der Funktionäre und Anhänger einer Partei".
 59) Auch Haller, Diss. S. 130, geht von dieser Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus, nimmt aber keine analoge Übertragung des Urteils vor, sondern benutzt dieses nur als Anlaß, in Art. 18 GG Sperrkriterien eigener Art zu entdecken, die vor allem die staatliche Strafbefugnis im Bereich des Verfassungsschutzes einschränken sollen.

Gleichbehandlung **zwinge** dazu. Eine Begrenzung auf die Tätigkeit der politischen Parteien sei nicht einzusehen; es gebe kein politisches Verhalten, das um dessentwillen eher strafrechtliche Konsequenzen haben könne, weil es sich nicht im Rahmen einer politischen Partei äußere ⁶⁰). Das Parteienprivileg erweitere sich damit zum Privileg des politisch Handelnden, gleich, ob Partei oder Einzelperson; in der Doppelkompetenz des höchsten Gerichts für die Entscheidung nach Art. 18 und 21 II offenbare sich ein großartiger Wurf der Verfassung; neben und vor die politische Partei trete die Person.

Allerdings lehnt Willms die Entscheidung insofern ab ⁶¹), als darin das verfassungsaggressive Verhalten der vom BVerfG noch nicht als verfassungswidrig gebrandmarkten Partei mit Hilfe des Parteienprivilegs für rechtmäßig erklärt wird ⁶²) ⁶³). Auch der Verfassungsgeber habe nicht die Macht, unrechtmäßiges Verhalten zu rechtmäßigem umzustempeln ⁶⁴).

Die von Willms aus seiner Anschauung zu ziehenden und gezogenen Folgerungen entsprechen weitgehend denen Wilkes und Schmitt Glaesers. Auch wenn Willms nur die Verfassungswidrigkeit von § 93 a. F. StGB ausdrücklich anführt, so spricht er doch deutlich genug aus, daß vor dem Verwirkungsausspruch des BVerfG der Angriff des einzelnen auf die freiheitlich-demokratische Grundordnung weder strafbegründendes Merkmal eines Straftatbestandes noch Gegenstand behördlicher Schmälerung von Grundrechten sein könne ⁶⁵).

Die Zulässigkeit eines strafrechtlichen Berufsverbots folgt bei Willms wiederum nur Akzessorietätsgrundsätzen ⁶⁶) und stellt keine eigengeartete Problematik dar. Es darf verhängt werden, wenn der entsprechende Straftatbestand, auf Grund dessen es ergeht, mit Art. 18 GG vereinbar ist. Da Art. 18 GG es nur verbietet, ein bestimmtes Verhalten unter Strafe zu stellen, scheidet eine Prüfung von Rechts-

60) Staatsschutz, S. 23; NJW 64, 227.

61) Staatsschutz, S. 41 FN 21.

62) BVerfG a. a. O., S. 307.

63) Fehlgehend daher die Kritik Siglochs, MDR 64, 883 an Willms. Vgl. hierzu die Erwiderung des letzteren, NJW 64, 1460 FN 19.

64) In diesem Zusammenhang verweist Willms auf Hitlers Gesetz über Maßnahmen der Staatsnotwehr vom 3. 7. 34 (RGBl I, S. 529), das die Maßnahmen im Zusammenhang mit der Röhmrevolte für rechtens erklärte, nach wohl einhelliger Meinung aber nichtig gewesen ist. Zu diesem wenig passenden Vergleich treffend Čopić, Politisches Strafrecht, S. 81 ff.

65) NJW 64, 227. Auch das polizeiliche Handeln ist davon uneingeschränkt betroffen.

66) NJW 64, 228.

folgen an Art. 18 aus.

g) Čopić treibt die Sperrfunktion des Art. 18 auf die Spitze ⁶⁷⁾. Seine Darlegungen verlaufen zunächst noch in den von Willms her gewohnten Bahnen, wenn er schreibt, das Entscheidungsmonopol ⁶⁸⁾ des BVerfG im Verwirkungs- und Illegalisierungsverfahren dürfe nicht auf die Verhängung von Sicherungsmaßnahmen und Vollstreckungsmaßnahmen beschränkt werden. Das BVerfG habe darüber hinaus die alleinige Zuständigkeit, das Vorliegen der Sanktionsvoraussetzungen festzustellen und den Begriff der freiheitlich-demokratischen Grundordnung verbindlich auszulegen ⁶⁹⁾.

Die Übertragung des bundesverfassungsgerichtlichen Urteils zum Parteienprivileg auf Art. 18 führt ihn - im Gegensatz zu Willms - nun aber dazu, daß er auch die Rechtmäßigkeitsthese des BVerfG übernimmt: ... "Demgegenüber ist eine verfassungsfeindlichen Zielen dienende Grundrechtsbetätigung im Rahmen der allgemeinen Rechtsordnung von Verfassungs wegen weder verboten (und folglich rechtswidrig), noch auch nur ein verfassungsunmittelbare Ausübungsschranken überschreitendes (und folglich rechtloses) Handeln, sondern Rechtsinhaltsverwirklichung politischer Grundrechte und institutioneller Garantien (Art. 5 I 1, 2; 8; 9 I; 21 I 1, 2 GG) und folglich rechtmäßiges Tun" ⁷⁰⁾.

Ein Parteienprivileg kenne das Grundgesetz nicht ⁷¹⁾, vielmehr sei jedes politische Handeln verfassungsfeindlich eingestellter Parteien, sonstiger Organisationen und Einzelpersonen schon dann demokratiekonform, wenn es gewaltlos sei ⁷²⁾.

Für das hier interessierende Verhältnis von Art. 18 GG zum strafrechtlichen Berufsverbot geht Čopić nicht den von Wilke und Willms eingeschlagenen Weg, letzteres als zum politischen Strafrecht akzessorisch nicht eigens zu prüfen, sondern auf die Verfassungswidrigkeit der in Frage kommenden Strafnorm zu verweisen. Dies ist die Folge davon, daß Čopić zwar die Sperrwirkung des Tatbestandes betont, aber auch eine Konkurrenz von verwirkungsgleichen Rechtsfolgen aus-

67) JZ 63, 489; Politisches Strafrecht, S. 98 ff.

68) Politisches Strafrecht, S. 72 unten.

69) Diese nimmt er erst in seinem Werk über das politische Strafrecht neuer Art vor. In JZ 63, 498 zieht er noch alle Folgerungen ausschließlich aus der Monopolstellung des Bundesverfassungsgerichts zum Ausspruch der Verwirkung.

70) Politisches Strafrecht, S. 98 unten.

71) a. a. O., S. 44 ff (großer Exkurs).

72) a. a. O., S. 100 unten.

schließt ⁷³⁾, sich also nicht eindeutig für eine Sperre auf Tatbestands- oder Rechtsfolgenseite entscheidet und beides gewissermaßen unverbunden nebeneinander stehen läßt. Čopić prüft also das strafrechtliche Berufsverbot selbständig an Art. 18 GG und erklärt es wegen Verwirkungsgleichheit für verfassungswidrig, wenn es gegen berufsmäßig politisch Tätige verhängt wird ⁷⁴⁾.

Jede kritische Überprüfung der von Willms und Čopić geäußerten Ansichten muß bei der Frage ansetzen, ob die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Parteienprivileg wirklich derart erweiterungsfähig war, daß sie auch Schlußfolgerungen für Art. 18 gestattete ⁷⁵⁾. Sicher ist, daß das BVerfG an eine solche Ausweitung nicht dachte ⁷⁶⁾, sonst hätte es nicht ausgesprochen, daß das Parteienprivileg in erster Linie die Parteiorganisation schütze und nur um ihretwillen auf die parteioffizielle Tätigkeit der Funktionäre und Anhänger ausgedehnt werde. Nur im Kielwasser der ersteren können Funktionäre und Anhänger auf die "verfassungsmäßig verbürgte Toleranz" aus Art. 21 II GG rechnen ⁷⁷⁾. Auch ist das Urteil nicht in allem so einleuchtend, daß eine kritiklose Übertragung seiner Grundsätze auf anders strukturierte Institute angebracht erschiene. Es gibt keine Antwort auf die Frage, worauf sich der Ausspruch der Verfassungswidrigkeit einer politischen Partei stützt, wenn ihre Tätigkeit bis zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts rechtmäßig ist und auch Čopićs Begründungsversuch befriedigt

73) Politisches Strafrecht, S. 72 unten. Dies ergibt sich auch aus seiner langen Auseinandersetzung mit Reißmüllers Ansicht, Strafe und Verwirkungsfolge seien wegen ihrer unterschiedlichen Zielrichtung (Repression-Prävention) nicht vergleichbar, a. a. O., S. 109 ff und dort besonders S. 111, 112 unten.

74) a. a. O., S. 143; JZ 63, 499.

75) Dürigs Bemerkung (Komm. Rdz. 92 c zu Art. 18), man könne nicht einfach das Parteienprivileg des Art. 21 Abs. II GG zu einem Privileg auch für jede individualrechtliche politische Grundrechtsbetätigung mit Öffentlichkeitscharakter machen, denn dann wäre es kein Privileg mehr, ist hier, wo gerade die Existenz eines solchen Privilegs in Frage steht, reine Begriffsjurisprudenz und ohne Aussagewert.

76) Ebenso Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung, S. 59; Wilke, Berufsverbot, S. 117. Ablehnend auch Gällwas, Mißbrauch, S. 128.

77) Zur Fragwürdigkeit dieses Begriffs treffend Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung, S. 257 (ein rechtmäßiges Handeln kann man nicht tolerieren); vgl. auch Čopić, Politisches Strafrecht, S. 97.

nicht 78). Im Gegensatz zu letzterem 79) kann nämlich der Weg einer Trennung von Verfassungswidrigkeit und Rechtswidrigkeit nicht gegangen werden; wenn die Verfassung - deren Rechtscharakter außer Frage steht - schon allen Normen des positiven Rechts vorgeht, muß auch die Verfassungswidrigkeit die höchste Form der Rechtswidrigkeit darstellen.

Einer Übertragung des Parteienprivilegs steht auch die bedeutende Funktion entgegen, die das Grundgesetz den Parteien eingeräumt hat. Die parteigetragene Opposition hat unter dem Grundgesetz einfach einen anderen "Stellenwert" 80) als die außerparteiliche; auch sonst bedeutet ein Parteiverbot einen ungleich schwereren Eingriff in die demokratische politische Auseinandersetzung 81) als eine Grundrechtsverwirkung, weil in einem modernen Massenstaat der einzelne in der Regel nur über das Medium der Partei politisch wirksam werden kann, so daß eine Privilegierung der politischen Partei angebracht ist. Eine Gleichstellung der Art. 9, 18 und 21 zum Zwecke der Ableitung eines allgemeinen Privilegs des politisch Handelnden verbietet sich schon dadurch, daß die politische Vereinsrepression nicht dem BVerfG anvertraut ist. Im Gegenteil, zwischen den drei genannten Bestimmungen ist ein deutlicher Abfall zu spüren 82). Damit liegt das von Willms 83) aufgestellte Ideal der autonomen politischen Persönlichkeit doch nicht in der von ihm behaupteten Form dem Grundgesetz zugrunde.

78) Die Heranziehung von Art. 15 GG in diesem Zusammenhang stützt Čopícs Theorie nicht (Politisches Strafrecht S. 96). Würde die Sozialisierung wirklich das Urteil der Illegitimität über einen bisher rechtmäßigen Eigentumsgebrauch fällen, so bliebe unerfindlich, wozu eine Entschädigung stattfinden muß. Vielmehr ergibt sich aus der zwingend vorgeschriebenen Entschädigung, daß mit der Sozialisierung kein Vorwurf der Staats- oder Sozialschädlichkeit verbunden ist. (Maunz-Dünig, Komm. Anm. 22 zu Art. 15; v. Mangoldt-Klein, Anm. III 30 zu Art. 15. Kimminich in BK Anm. 16 zu Art. 15.)

79) Er nennt die Gleichstellung von Rechts- und Verfassungswidrigkeit eine bloße "Plausibilitätserwägung" (Politisches Strafrecht, S. 94 mit FN 1), die auf einer *petitio principii* beruhe; ähnlich Ridder, DöV 63, 326. Dagegen wie hier Klein in Komm. Anm. III 2a zu Art. 18 (S. 523); Willms, Staatsschutz, S. 41 Anm. 21; Wilke, Berufsverbot, S. 117; Haller, Diss. S. 16, 41; Sigloch, MDR 64, 883; Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung, S. 132.

80) Gallwas, Mißbrauch, S. 128.

81) Scheuner, VVDStRL 22, 71 FN 210.

82) Scheuner, a. a. O..

83) Staatsschutz, S. 25.

Versuche von Čopić, die Rechtmäßigkeit der individuellen Verfassungsfeindlichkeit vor dem Verwirkungsausspruch auch mit anderen Argumenten als einer Analogie zum Parteienprivileg zu beweisen, führen gleichfalls nicht zum Ziel, etwa wenn er ⁸⁴⁾ aus dem Antragsprinzip des § 36 BVerfGG die Notwendigkeit ableitet, die Verfassungsaggression bis zum Verwirkungsverdikt als rechtmäßig zu qualifizieren, weil sonst eine ständige Diskrepanz zwischen Unrecht und Unrechtstherapie herrsche. Es gibt im Rahmen der Strafverfolgung genügend Fälle, wo das Opportunitätsprinzip zum Tragen kommt ⁸⁵⁾, obwohl das Unrecht der Tat außer Frage steht. Die von Čopić angenommene Verknüpfung zwischen Unrecht und Legalitätsprinzip besteht also nicht. Folglich ist auch der Schluß vom Antragsprinzip auf die Rechtmäßigkeit verfassungsfeindlichen Treibens nicht zwingend. Ebenso kann Čopić ⁸⁶⁾ nicht gefolgt werden, wenn er eine Analogie zur Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts über die Rücknahme begünstigender Verwaltungsakte zieht und die Vernichtung eingeräumter Vergünstigungen als Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip ansieht. Hier muß ihm entgegengehalten werden, daß es gerade in Frage steht, ob der Mißbrauch von Grundrechten vor der Verwirkungsentscheidung durch die Verfassung geschützt wird ⁸⁷⁾.

Willms und Čopić haben viel zum Widerspruch gereizt und auf diese Weise zur Problemdurchdringung beigetragen. Anhängerschaft blieb ihnen jedoch weitgehend versagt ⁸⁸⁾.

84) Polit. Strafrecht, S. 91.

85) Vgl. §§ 153 I, II, III, 153 a, 153 b, 153 c, 153 d, 154, 154 a, 154 b, 154 c, 154 d StPO.

86) Politisches Strafrecht, S. 93, 94.

87) So auch Sigloch, MDR 64, 883.

88) Wenn man nicht Hamann, Grundgesetz und politische Strafgesetzgebung, S. 38 und Lenz in Hamann-Lenz, Komm., Anm. 7 zu Art. 18, hierher rechnen will, die sich jedoch auf die allgemeine Annahme von Sperrwirkungen ohne nähere Konkretisierung beschränken.

II. Abschnitt

Art. 18 als zusätzliche Verfassungsschutznorm (Additionstheorien)

Diese Richtung weist nicht die zuvor erfahrene Vielfalt an Schattierungen in Reichweite und Begründung der Thesen auf. Insbesondere fehlen die Vertreter wirklich extremer Meinungen; so wird von niemand behauptet, der Gesetzgeber könne eine andere Instanz als das BVerfG ermächtigen, auf den verfassungsgroßartigen Grundrechtsmißbrauch mit dem Ausspruch der Grundrechtsverwirkung zu reagieren, wie es Konsequenz einer rein durchgeführten Additionsanschauung wäre. Daher bleibt auch jede Einordnung hierher problematisch, da alle Autoren eine gewisse - wenn auch enge - sperrende Ausstrahlung des Art. 18 GG bejahen.

a) So geht etwa Dürig ⁸⁹⁾ zwar davon aus, Art. 18 GG habe zum überkommenen Verfassungsschutz hinzutreten wollen. Er qualifiziert sich damit als Vertreter der Additionstheorien. Trotzdem unterscheidet er sich in den Ergebnissen nicht von Reißmüller, dessen Anschauung wir mit dem Schlagwort "Sperrwirkung der Rechtsfolge" grob umreißen können. Dürig verwirft nämlich alle Sanktionen als verfassungswidrig, die auf Grund des von Art. 18 GG umrissenen Mißbrauchstatbestandes ergehen und Verwirkung oder im Ergebnis praktisch "verwirkungsgleich" sind ⁹⁰⁾. Wann "Verwirkungsgleichheit" vorliegt, läßt er offen; allenfalls strafrechtlichen Maßregeln der Sicherung und Besserung, nicht jedoch den Strafen könne dieses Attribut zukommen, da nur die ersteren Präventionscharakter hätten, wie er auch Art. 18 GG eigne ⁹¹⁾. Das strafrechtliche Berufsverbot zur Abwehr von Angriffen auf die freiheitlich-demokratische Grundordnung hält Dürig demgemäß für verfassungswidrig ⁹²⁾.

Hier erweist sich wieder, wie wenig eine antithetische Sicht dem Meinungsstand gerecht wird. Trotz verschiedener Ausgangspunkte stimmen Reißmüller und Dürig in den Ergebnissen überein.

b) Mit am nachdrücklichsten vertritt Gallwas ⁹³⁾ die Anschauung, Art. 18 GG repräsentiere einen zum einfachen Strafrecht hinzutretenden staatsrechtlichen Verfassungsschutznorm, die ersteres ergänze, nicht aber aussperre. Von Schmitt Glaeser ⁹⁴⁾ wird er sogar als Prototyp für diese Richtung angeführt.

89) Komm. Rdnr. 90 zu Art. 18, Ebenso Leibholz-Rupprecht, BVerfGG, Anm. 1 vor § 36; Scheuner, VVDStRL 22, 71 FN 210.

90) a. a. O., Rdnr. 93 zu Art. 18, Ebenso Bettermann, JZ 64, 606.

91) a. a. O., Rdnr. 94 zu Art. 18.

92) a. a. O., Rdnr. 96 e zu Art. 18.

93) Mißbrauch, S. 28; S. 116, 117; S. 128 oben; S. 130 ff, 148 ff.

94) Mißbrauch und Verwirkung, S. 263.

Gallwas' Hauptthese ⁹⁵⁾ geht dahin, punktuelle Maßnahmen durch jedes staatliche Organ im Rahmen seiner gesetzlichen Befugnisse zur Abwehr einer bestimmten, gegenwärtigen Mißbrauchshandlung vor der Verwirkungsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts zuzulassen; zusätzlich könne das BVerfG eine generelle Grundrechtsverwirkung aussprechen, was für den Betroffenen den Verlust der Möglichkeit zur Folge habe, sich auf diese Grundrechte zu berufen.

Wenn man - so ist der erste Eindruck - damit Ernst machen würde, käme man weitgehend zu einem freien Nebeneinander von Sanktionen des Bundesverfassungsgerichts, der Strafgerichte und der Verwaltungsbehörden. Dieser erste Eindruck wird aber nicht bestätigt. Gallwas führt **seine** Theorie in anderer Richtung weiter und legt Art. 18 GG in einem späteren Kapitel doch wieder recht weitgehende Sperrwirkungen bei, die er mit dem Entscheidungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts begründet ⁹⁶⁾. Weiter noch nicht erstaunlich ist, daß er fiktive Gesetze, wonach die Verwirkung eo ipso mit dem Mißbrauchstatbestand eintritt oder von anderen Organen als dem Bundesverfassungsgericht zu verhängen ist, als gegen Art. 18 GG verstoßend bezeichnet ⁹⁷⁾. Aufhorchen läßt jedoch, daß Gallwas im Verlauf seiner Untersuchung doch wieder das Merkmal der "Verwirkungsgleichheit" einführt und alle Maßnahmen als verfassungswidrig bezeichnet, die dieses Merkmal erfüllen ⁹⁸⁾. Somit legt er der Rechtsfolge ⁹⁹⁾ "Verwirkung" eine sperrende Ausstrahlungswirkung von nicht unerheblicher Tragweite bei, so daß ein gewisses Spannungsverhältnis zu seiner Ausgangsthese nicht abzuleugnen ist. Für Gallwas stellt sich im weiteren die Frage, welche Maßnahmen verwirkungsgleich seien. Ausgehend von dem uns bereits bekannten Standpunkt, Art. 18 GG wirke rein präventiv, nimmt Gallwas zunächst alle repressiven Sanktionen, insbesondere die Strafe, aus dem Sperrbezirk aus ¹⁰⁰⁾. Um diesen weiterhin sinnvoll zu begrenzen, fügt Gallwas - ganz ähnlich wie Reißmüller - den Tatbestand des Art. 18 in seine Formel ein: "Verwirkungs-

95) a. a. O., S. 130.

96) S. 146 ff, insbesondere S. 148 f.

97) a. a. O., S. 149.

98) a. a. O., S. 149.

99) Dem Tatbestand des Art. 18 GG kommt nach Gallwas keine eigenständige Exklusionswirkung zu, wie sich aus seiner Äußerung S. 152 ergibt, die Frage, ob innerhalb des von Art. 18 GG umschriebenen Mißbrauchsbezirks nach Maßgabe des Strafbedürfnisses und der Strafmöglichkeit speziellere strafrechtliche Tatbestände gebildet werden dürften, solle nicht mit der Sperrwirkung des Art. 18 GG vermengt werden. Art. 143 a. F. GG biete insoweit ein beweiskräftiges Indiz für eine Normierungsbefugnis des Strafgesetzgebers.

100) a. a. O., S. 149, 150.

gleich sind die staatlichen Maßnahmen, die gestützt auf den konkretisierungsbedürftigen Tatbestand « Mißbrauch von Grundrechten zum Kampf gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung » eine Grundrechtsminderung herbeiführen, um künftigen Kampfhandlungen vorzubeugen" ¹⁰¹⁾. Er begründet diese Eingrenzung damit, die ganze Sperrwirkung finde ihren Grund darin, daß Art. 18 eine verfassungsrechtliche Generalklausel beinhalte, deren Konkretisierung dem Bundesverfassungsgericht vorbehalten sei.

Für das Verhältnis von Art. 18 GG zum Strafrecht und zu den Maßregeln der Sicherung und Besserung, besonders zu dem hier interessierenden Berufsverbot folgt nach Gallwas die unbeschränkte Zulässigkeit aller strafrechtlichen Sanktionen, weil sie nicht auf Grund der verfassungsrechtlichen Generalklausel, sondern gestützt auf strafrechtliche Spezialtatbestände ergingen.

Gallwas ist zuzugeben, daß er sich bemüht, für den Begriff der "Verwirkungsgleichheit" praktikable Kriterien zu finden und ihn nicht einfach als vorgegeben und selbstverständlich zu behandeln. Im einzelnen kann ihm aber nicht gefolgt werden. Für die Frage, ob die Unterscheidung zwischen repressiven und präventiven Straffolgen wirklich tragfähig genug ist, um die Strafsanktion aus dem Bereich des Art. 18 auszugrenzen, sei auf das an anderer Stelle Gesagte verwiesen ¹⁰²⁾.

Allzu formal mutet aber die Schlußfolgerung an, mit der Gallwas die Verfassungsmäßigkeit der strafrechtlichen Maßregeln der Sicherung und Besserung, insbesondere des Berufsverbots, darlegt. Zwar hat auch der Bundesgerichtshof in ähnlicher Weise wie Gallwas das strafrechtliche Berufsverbot gegen einen Journalisten wegen verfassungsfeindlicher Betätigung damit gerechtfertigt, es werde nicht wegen mißbräuchlicher Ausnutzung der Grundrechte, sondern deswegen verhängt, weil sich der Angeklagte unter Ausnutzung seines Berufs strafbarer Handlungen schuldig gemacht habe ¹⁰³⁾, wobei er völlig übergang, daß weite Bereiche des politischen Strafrechts den Tatbestand des Art. 18 GG in sich tragen und den Kampf gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung pönalisieren. Doch muß auch der Bundesgerichtshof sich entgegenhalten lassen, daß man nicht die Tatbestände des politischen Strafrechts mit der Begründung, sie stellten zu Art. 18 GG Spezialregelungen dar, aus dem Ausstrahlungsbereich der grundgesetzlichen Verwirkungsnorm herausnehmen kann, wenn man ihr schon Sperrwirkungen beilegt und zur Umreißung dieses Bereichs den Tatbestand heranzieht. Der Gesetzgeber hätte ja dann die Möglichkeit, durch Einfügung eines

101) a. a. O., S. 151.

102) S. 11, 39 f.

103) BGH, NJW 65, 1388.

neuen - vielleicht kaum bedeutsamen - Tatbestandsmerkmals die Sperrwirkung beliebig zu umgehen, indem er einfach an engere Voraussetzungen anknüpft. Auch erwiese sich die von Gallwas aufgestellte Formel als wertlos: die damit erzielte Sperrwirkung wäre gleich Null; sämtliche Folgen des materiellen Strafrechts, gleich ob repressiv oder präventiv, wären rechtmäßig. Ohne diesem Ergebnis hier entgegenzutreten zu wollen, ist doch zumindest der Weg, auf dem es gefunden wurde, nicht gangbar ¹⁰⁴).

c) Neuartige Aspekte vermag schließlich Sigloch ¹⁰⁵) zu liefern, die in der bisherigen Diskussion zu wenig beachtet wurden.

Er nimmt zunächst ausdrücklich gegen Willms' Ansicht von der alleinigen Sperrwirkung des Tatbestands Stellung. Ein Gesetz könne nur dann gegen Art. 18 GG verstoßen, wenn es die dort bezeichnete Sanktion vorwegnehme oder beseitige. Ob ein bestimmtes Verhalten zulässigerweise unter Strafe gestellt werden dürfe, werde dagegen nicht von Art. 18, sondern allein von den betroffenen Grundrechten beantwortet ¹⁰⁶).

Hierin liegt nichts anderes als die uns schon bekannte Ableitung von Sperrwirkungen aus der Rechtsfolgeseite des Art. 18. Das Besondere ¹⁰⁷) an Siglochs Darlegungen besteht aber darin, daß er die bisher unbesehen übernommene These von der Verwirkungsgleichheit des strafrechtlichen Berufsverbots wie auch anderer Sanktionen (Freiheitsstrafen, Entziehung der elterlichen Gewalt), die man bisher nur mühsam mit Hilfe der Theorie von der präventiven Natur des Verwirkungsinstituts aus dem Ausstrahlungsbereich des Art. 18 GG fernhalten konnte, näher untersucht und ablehnt. Die Bestrafung könne zu einer Beeinträchtigung oder zum Verlust grundrechtlich geschützter Güter (etwa aus Art. 2 Abs. II S. 2, Art. 14, Art. 104 Abs. II GG), nicht aber zum Verlust des Grundrechts selber führen. Ebenso beseitige das Berufsverbot nicht das Grundrecht der Berufsfreiheit. Dagegen nehme die Verwirkung dem Bürger, soweit ihr Ausmaß reiche, das Grundrecht bereits der Substanz nach. Die Zulässigkeit derartiger Sanktionen sei - ihre formalgesetzliche Grundlage vorausgesetzt - unmittelbar an den berührten Grundrechten zu messen. Von Art. 18 gesperrt sei folglich nur ein Gesetz, das die in

104) Wie der Text Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung, S. 270 FN 86; Čopić, Politisches Strafrecht, S. 109; Erichsen, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit I, S. 53; Reißmüller, JZ 60, 531 und Haller, Diss. S. 116.

105) MDR 64, 881.

106) a. a. O., S. 83: "Das Gegenteil erscheint mir richtig".

107) Im Ergebnis ähnlich, aber weniger prononciert Wilke, Berufsverbot, S. 71; Hönsch, Diss. S. 97.

dieser Grundgesetznorm vorgesehene Sanktion, den Verwirkungsausspruch, wörtlich vorwegnehme. Die Anwendung des § 42 I StGB auf meinungsäußernde Berufe sei nur im Hinblick auf die Grundrechte aus Art. 5 und 12 GG problematisch; Art. 18 sage dagegen nichts über dessen Zulässigkeit aus ¹⁰⁸⁾.

Sigloch untermauert seine Darlegungen jedoch nicht durch eine ausreichende Begründung. Seine Schlußfolgerung ¹⁰⁹⁾, keine dieser Maßnahmen (nämlich Freiheitsstrafe, Berufsverbot, Entziehung der elterlichen Gewalt) dürfe als Verwirkung eines Grundrechts verstanden werden, weil zu einem solchen Ausspruch nur das Bundesverfassungsgericht berufen und keines der betroffenen Grundrechte (Art. 2, 6, 12 GG) überhaupt verwirkbar sei ¹¹⁰⁾, erinnert fatal an den Satz, daß nicht sein könne, was nicht sein dürfe. Eine solche Begründung vermag die aufgestellten Thesen nicht zu stützen. Vielleicht liegt es auch daran, daß Sigloch kaum Nachfolger gefunden hat, obwohl er, wie wir sehen werden, den richtigen Ansatz gewählt hatte.

108) MDR 64, 883/884 unten.

109) a. a. O., S. 882 oben.

110) a. a. O., S. 882 oben.

III. Abschnitt Darstellung und Kritik der Rechtsprechung

Entscheidend für die ganze Problementwicklung ist natürlich, wie die damit befaßten Gerichte Stellung genommen haben. Aber schon aus der Reihe divergierender Ansichten, die alle den BGH oder das BVerfG als Zeugen ihrer These anrufen, ergibt sich, daß die Rechtsprechung viele Fragen offengelassen oder mehrdeutig beantwortet hat.

1. Die Judikatur des BGH

a) Der BGH hat sich eher mit der Frage einer Sperrwirkung des Art. 18 GG gegenüber § 42 I StGB beschäftigen müssen als das BVerfG. Die Entscheidung vom 19. 1. 62 ¹¹¹⁾ darf als einer der Ausgangspunkte der ganzen Diskussion bezeichnet werden. In ihr hat der BGH ausgesprochen, die Art. 5, 12 und 18 GG stünden einem Berufsverbot nach § 42 I StGB nicht entgegen. Der BGH betont nachdrücklich seinen Standpunkt, Art. 18 GG sei nicht geschaffen, um den strafrechtlichen Staatsschutz lahmzulegen. Er begründet ihn mit dem Gedanken der streitbaren Demokratie und mit der Entstehungsgeschichte. Es sei auch ungeeignet, daß eine kriminelle Tat, die für sich allein ein Berufsverbot nach sich ziehe, hierzu nicht mehr führen könne, wenn das Merkmal der staatsgefährdenden Absicht hinzutrete. Ebenso sei nicht einzusehen, weshalb die Gerichte befugt sein sollten, politische Straftaten mit Freiheitsstrafen zu ahnden, nicht aber ein Berufsverbot zu verhängen.

Es ist klar, daß ein Urteil, das derart am Anfang der wissenschaftlichen Diskussion steht, uns heute in gewissem Sinn unausgegoren erscheint ¹¹²⁾. Dies gilt schon für die Feststellung gleich am Anfang, gegen ein Berufsverbot, das aus einem anderen Grund als dem des Mißbrauchs von Grundrechten zum Kampf gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung ergehe, bestünden schon von vornherein keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Hierzu zitiert der BGH ausge-rechnet Löffler, der doch - zumindest für Presseangehörige - genau das Gegenteil behauptet. Gegen die allzu apodiktische Fassung der BGH-These könnten auch Bedenken aus Art. 5 und 12 GG vorgetragen werden, in die sich § 42 I StGB durchaus nicht so reibungslos einfügen läßt ¹¹³⁾. Auch die Argumentation, wenn

¹¹¹⁾ BGHSt 17, 38.

¹¹²⁾ Ein Attribut, das es mit den später zu behandelnden Entscheidungen des BVerfG gemeinsam hat.

¹¹³⁾ Zu dieser noch weitgehend ungeklärten Problematik vgl. Čopić, JZ 63, 494, 499, der sich - soweit ersichtlich - als einziger hierzu geäußert hat. Vgl. auch Schmitt Glaeser, S. 250 FN 3.

die Gerichte bei politischen Straftaten zur Verhängung von Freiheitsstrafen befugt seien, müsse auch das weniger gewichtige Berufsverbot zulässig sein, schlägt angesichts der Tatsache, daß die Tatbestände des politischen Strafrechts mittlerweile selbst weithin im Hinblick auf ihre Verfassungsmäßigkeit angegriffen werden, nicht durch.

b) Ein zweites Mal hatte der BGH im Jahre 1965 Gelegenheit, sich mit unserem Problemkreis zu beschäftigen ¹¹⁴⁾. In diesem Urteil - mittlerweile war die Nordrhein-Westfalen-Entscheidung des BVerfG ergangen ¹¹⁵⁾ - führt der BGH seine frühere Rechtsprechung nicht in der Weise fort, als es das Lippenbekenntnis zu Anfang vorgibt. Vielmehr rückt jetzt - wohl auf Grund der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung - die Sperrfunktion des Art. 18 GG, die BGHSt 17, 38 vernachlässigt hatte, in das Blickfeld. Der BGH spricht ausdrücklich aus, nur das BVerfG könne den Verwirkungsausspruch wegen Grundrechtsmißbrauch zum Kampf gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung fällen. Aber auch dies scheint dem BGH nicht Anlaß, die Frage, ob das strafrechtliche Berufsverbot wirklich eine der Verwirkung gleichkommende Sanktion darstelle, zu untersuchen. Er bejaht vielmehr die Verfassungsmäßigkeit des Berufsverbots kurzum damit, seine Verhängung ergehe nicht auf Grund des in Art. 18 umschriebenen Tatbestands, sondern auf Grund engerer Voraussetzungen, nämlich, weil sich der Angeklagte unter Mißbrauch seines Berufs mehrerer mindestens als Vergehen strafbarer Handlungen schuldig gemacht habe.

Was hiergegen einzuwenden ist, wurde schon an anderer Stelle gesagt ¹¹⁶⁾. Die "strafbaren Handlungen", von denen der BGH spricht, bestehen doch in nichts anderem als dem Kampf gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung bzw. deren unabdingbare Elemente und "Mißbrauch des Berufs" bedeutet nichts anderes als Mißbrauch des Grundrechts aus Art. 12 GG. Es ist charakteristisch, daß das BVerfG, das über die Verfassungsbeschwerde gegen das BGH-Urteil zu entscheiden hatte ¹¹⁷⁾, auf diese Argumentation nicht einging ¹¹⁸⁾.

114) BGH NJW 65, 1388 = JZ 65, 492; Urteilsanmerkung hierzu zu Wilke, NJW 65, 2211.

115) Vgl. S. 30.

116) Vgl. S. 25.

117) BVerfGE 25, 88.

118) Auch die in etwa gleichlaufende Ansicht von Gallwas wurde vom BVerfG nur erwähnt (a. a. O., S. 97).

2. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

a) In der sog. "Nordrhein-Westfalen-Entscheidung" ¹¹⁹⁾, die schon mehrfach angesprochen wurde, befaßte sich das BVerfG erstmals ausführlich mit Art. 18 GG 120). Der Sachverhalt betraf allerdings nicht das Verhältnis zur strafrechtlichen Berufsuntersagung. Das BVerfG hatte vielmehr über die Verfassungsmäßigkeit des § 4 des nordrhein-westfälischen Gesetzes über die Berufsausübung von Verlegern, Verlagsleitern und Redakteuren vom 17. 11. 1949 (GVBl NRW S. 293) zu befinden. Diese Vorschrift lautete:

"Die Landesregierung kann ferner Verlegern, Verlagsleitern und verantwortlichen Redakteuren die Berufsausübung untersagen, wenn sie ihre berufliche Tätigkeit gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung, insbesondere zur Verbreitung nationalistischer, militaristischer, totalitärer, rassen- oder völkerverletzender Gedanken mißbrauchen oder mißbraucht haben".

Das BVerfG geht zunächst ohne weiteres davon aus, es könne auf Grund des Art. 18 und des diesen "präzisierenden" § 39 Abs. I BVerfGG, wonach das BVerfG die Verwirkung auf einen bestimmten Zeitraum befristen und dem Betroffenen auch nach Art und Dauer genau bezeichnete Beschränkungen auferlegen könne, ein Berufsverbot gegen einen Redakteur verhängen, wenn dieser die Pressefreiheit zum Kampf gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung mißbrauche.

Da die nordrhein-westfälische Landesregierung, wie § 6 Nr. 2 der DVO zum Gesetz vom 5. 12. 49 (GVBl NRW S. 303) klarstelle, die Berufsausübung für dauernd oder für bestimmte Zeit beschränken könne, verhängte sie eine Sanktion, die einer Teilverwirkung des Grundrechts der Pressefreiheit gleichkomme.

Weil § 4 des Gesetzes vom 17. 11. 1949 aber der Landesregierung eine Maßnahme übertrage, die nach Art. 18 GG allein dem BVerfG vorbehalten sei, stehe er im Widerspruch zum Grundgesetz, das die schwere Sanktion der Grundrechtsverwirkung allein dem BVerfG vorbehalten habe. "Dieses wohlausgewogene System darf nicht dadurch durchbrochen werden, daß neben der bundesverfas-

119) BVerfGE 10, 118 = NJW 60, 29 mit Anmerkung von Löffler.

120) Das bis vor kurzem einzige eingeleitete Verwirkungsverfahren - inzwischen hat die Bundesregierung einen weiteren Antrag gegen den Herausgeber der National- und Soldatenzeitung, Dr. Frey, gestellt - endete nach schleppender Durchführung (Friesenhahn, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der BRD Deutschland 1963, S. 96) mit der Einstellung.

sungsgerichtlichen Regelung für den gleichen Tatbestand des Mißbrauchs noch weitere gleichartige Sanktionen von einem Landesgesetzgeber angedroht werden, deren Verhängung überdies einer spezifisch-politischen Stelle übertragen wird".

Bei einer näheren Untersuchung des Beschlusses ist leicht zu erkennen, daß das BVerfG infolge seines Monopols aus Art. 18 GG von einer Sperrwirkung der Rechtsfolge ausgeht, deren Umfang aber auf den vom Tatbestand umschriebenen Bereich begrenzt ¹²¹⁾. Daß der Tatbestand nicht für sich sperrende Wirkung haben sollte, geht klar aus einer späteren Entscheidung des BVerfG zur Verfassungsmäßigkeit des Bundesentschädigungsgesetzes ¹²²⁾ hervor. Das Gericht hat die Verfassungsmäßigkeit des § 6 Abs. 1 Nr. 2 BEG, der aktive Gegner der freiheitlich-demokratischen Grundordnung, von der Entschädigung ausschließt, damit begründet, die Feststellung, jemand bekämpfe die freiheitlich-demokratische Grundordnung, könne nicht nur im Verfahren nach Art. 18 GG getroffen werden. Eine Ausschlußwirkung der Verwirkungsnorm bestehe nur für verwirkungsgleiche Sanktionen anderer Staatsorgane. Dem Tatbestand des Art. 18 für sich allein wird also eine Sperrfunktion abgesprochen.

Diese Judikatur hat weithin Zustimmung ¹²³⁾, in letzter Zeit aber auch - zum Teil heftigen - Widerspruch ¹²⁴⁾ erfahren. Ein genaueres Studium der Nordrhein-Westfalen-Entscheidung führt zu Zweifeln an dem vom BVerfG eingeschlagenen Lösungsweg. Das problematische und komplexe Verhältnis von Art. 18 GG zu § 39 Abs. 1 S. 4 BVerfGG bleibt außerhalb jeder Erörterung ¹²⁵⁾. Das Gericht stellt vielmehr - etwas vorschnell, wie es scheint - das Berufsverbot nach § 4 des nordrhein-westfälischen Gesetzes vom 17. 11. 49 der Verwirkung der Pressefreiheit gleich. Dies würde aber doch voraussetzen, daß ein

121) Vgl. das oben angeführte Zitat aus der Entscheidung des BVerfG.

122) BVerfGE 13, 46 [51].

123) Löffler, NJW 60, 29; Reißmüller, JZ 60, 529; Sigloch, MDR 64, 883; Willms, Staatsschutz, S. 24; Rehbinder, NJW 62, 2140. Čopić, JZ 63, 497; Friesenhahn, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 97; Scheuner, BayVbl 63, 67 FN 16; Heinemann, NJW 62, 891; Hamann, NJW 62, 1848; Stree, Deliktsfolgen und Grundgesetz, S. 225 FN 30.

124) Wilke, Berufsverbot, S. 105 ff; Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung, S. 266. Kritisch auch Schwenk, NJW 62, 1323; Dagtoglou, Wesen und Grenzen der Pressefreiheit, S. 14 ff.

125) Auch Bettermann, JZ 64, 606, vermißt Ausführungen zum Wesen und den Auswirkungen der Grundrechtsverwirkung, die doch eigentlich Voraussetzung für die These des BVerfG von der Verwirkungsgleichheit einer Berufsuntersagung gewesen wären.

derartiges Verbot den Inhalt des Verwirkungsausspruchs darstellt ¹²⁶⁾. Über diesen Punkt schweigt jedoch das Gericht. Geradezu widersprüchlich wird das Urteil ¹²⁷⁾, soweit es auf den Problembereich des Art. 12 GG zu sprechen kommt. Einerseits spricht sich das BVerfG die Befugnis zu, auf Grund des Art. 18 GG ein Berufsverbot zu verhängen, andererseits bezweifelt es - läßt die Entscheidung aber dahingestellt - ob "im Hinblick auf das nicht verwirkbare Grundrecht des Art. 12 GG" eine Landesregierung die Berufsausübung überhaupt für dauernd untersagen könne. Wenn das Berufsverbot wirklich einer Verwirkung der Berufsfreiheit gleichkommt, kann es auch nicht ohne weiteres vom BVerfG verhängt werden; das Grundrecht der Berufsfreiheit ist im Katalog der Verwirkungsnorm ausdrücklich ausgespart ¹²⁸⁾. Das BVerfG umgeht dieses Problem nur dadurch, daß es die Berufsuntersagung für Journalisten als eine Verwirkung der Pressefreiheit behandelt ¹²⁹⁾ und Art. 12 GG weitgehend aus der Erörterung heraushält. Eine Lösung ist das aber nicht.

Es fragt sich, ob das BVerfG nicht besser einen anderen Weg beschritten hätte. Zumindest einer Prüfung wäre die Frage nach der landesrechtlichen Kompetenz zum Erlass des inkriminierten Gesetzes wert gewesen ¹³⁰⁾. Erichsen ¹³¹⁾ weist auf die Bedenken hin, die sich aus Art. 5 Abs. I S. 2 und Art. 12 GG gegen das nordrhein-westfälische Gesetz ergeben. Schließlich hat das BVerfG selbst auf einem gewichtigen Gesichtspunkt hingewiesen, aber die Spur nicht weiter verfolgt. Die Nichtigkeit der genannten landesrechtlichen Regelung könnte daraus resultieren, daß einer spezifisch politischen Stelle die Verhängung einer Maßnahme übertragen wird, die herkömmlicherweise als Ausfluß der rechtsprechen-

126) Vgl. hierzu schon die gegenteilige Meinung Siglochs, MDR 64, 881; auch Wilke, Berufsverbot, S. 70.

127) Hierzu auch Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung, S. 266 mit FN 69.

128) Vgl. S. 75.

129) Hierzu schon S. 9.

130) Erichsen, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit I S. 42 hält allerdings einen Mangel der landesrechtlichen Gesetzgebungskompetenz nicht für gegeben, weil das Gesetz nicht dem Strafrecht zuzusprechen sei (die Maßregel der Berufsuntersagung sei nicht mit einem Straftatbestand verknüpft) und kein Verstoß gegen Art. 75 GG vorliege. Die Frage eines ethischen Schuldvorwurfs in § 4 des Gesetzes vom 17. 11. 49 läßt er offen.

131) a. a. O., S. 43 ff. Er ist der Ansicht, § 4 dieses Gesetzes verstoße gegen die genannten Grundrechtsartikel.

den Gewalt nach Art. 92 GG den unabhängigen Gerichten anvertraut ist ¹³²⁾ 133).

b) Nicht weniger zwiespältig erscheint die Rechtsprechung des BVerfG im 25. Band 134), wo es sich gleich in mehreren Entscheidungen mit dem Problemkreis der Art. 5, 12 und 18 GG beschäftigen konnte, allerdings nicht in vollem Umfang, da nur Strafen und Berufsverbote der Strafgerichte wegen Verstoßes gegen das KPD-Urteil des BVerfG (§ 84 StGB; früher §§ 42, 46 III, 47 BVerfGG) in Frage standen.

Das BVerfG stellt zunächst fest ¹³⁵⁾, daß Art. 18 GG ausschließlich der Bekämpfung individueller verfassungsfeindlicher Tätigkeit diene. Es fügt also in den Tatbestand des Art. 18 das ungeschriebene Merkmal des "individuellen Kampfes" ein. Auf diese Weise fällt der ganze Bereich der organisationsbezogenen Verfassungsfeindlichkeit schon von vornherein aus dem Bezirk des Art. 18 GG, so daß dem BVerfG eine Entscheidung dazu erspart bleibt, ob schon der Tatbestand des Art. 18 für sich allein Strafnormen des politischen Strafrechts ausschließt, soweit diese individuelles verfassungsfeindliches Verhalten pönalisieren ¹³⁶⁾. Derselbe Kunstgriff macht es auch möglich, daß das BVerfG zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des strafrechtlichen Berufsverbots im Hinblick auf die Verwirkungsnorm des Grundgesetzes keine eindeutige Stellung zu beziehen braucht ¹³⁷⁾,

132) Ähnlich Schnur, VVDStRL 22, 146, FN 127: "...weil Maßnahmen, die auf verfassungsfeindliche Betätigung folgen, soweit wie möglich der unabhängigen Rechtsprechung anvertraut werden sollten." Vgl. auch Haller, Diss. S. 138 ("...Anordnung von Maßregeln der Sicherung und Besserung eine spezifische Domäne des Strafrechts...") und Heeb, Diss. S. 234 ("...die heute als fester Bestandteil des Strafrechts angesehenen Maßregeln...").

133) Die Existenz einer gewerberechtlichen Berufsuntersagung (vgl. § 35, 59, 147 IV GewO, 16 GastG etc.) kann nicht dagegen ins Feld geführt werden, weil es ihr am ethischen Vorwurf mangelt, wie er dem Tatbestand "Mißbrauch von Grundrechten zum Kampf gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung" zu eigen ist.

134) E 25, 44; 25, 64; 25, 69; 25, 79; 25, 88.

135) E 25, 44 [59]: "...Dadurch tritt auch kein dem Sinn des Art. 18 GG widersprechender Leerlauf dieser Vorschrift ein. Sie war von vornherein auf die Bekämpfung individuellen Verhaltens abgestellt".

136) Derartige Fälle sind seltener, aber nicht weniger gefährlich, wenn entsprechender Fanatismus dahintersteht, wie die Aktionen der sog. Baader-Meinhof-Gruppe beweisen. Vgl. auch BVerfGE 25, 44 [59].

137) BVerfGE 25, 88 [97/98].

obwohl das Gericht zunächst im Hinblick auf die Kontroverse in der Wissenschaft seinen Standpunkt bekräftigt, ihm stehe die Befugnis zur Verhängung eines Berufsverbots trotz Nichterwähnung des Art. 12 GG im Grundrechtskatalog des Art. 18 zu 138).

Im übrigen läßt das Gericht trotz relativ umfangreicher Erörterungen nahezu alle Umfang und Ableitung der Sperrwirkung betreffenden Fragen offen. Nur soviel kann seinen Ausführungen mit Sicherheit entnommen werden, daß es jedenfalls dem Tatbestand des Art. 18 zur Umschreibung der Sperrfunktion heranzieht, also Löfflers Anschauung¹³⁹⁾ von der Verfassungswidrigkeit aller im Effekt einer Verwirkung gleichkommenden Maßnahmen nicht teilt, denn sonst hätte es sich seine Ausführungen über die Begrenzung des Tatbestands auf individuelle Verfassungsfeindlichkeit sparen können und wäre trotzdem zur Nichtigkeit des § 42 I StGB gekommen. Das Gericht sucht damit die Sperrwirkung entweder nur auf der Tatbestandsseite oder aber - was auf Grund des Nordrhein-Westfalen-Urteils am wahrscheinlichsten ist - auf der Rechtsfolgenseite unter Heranziehung des Tatbestands zur Begrenzung der sonst uferlosen Folgen, wie es auch der wohl als herrschend zu bezeichnenden Auffassung in der Literatur entspricht¹⁴⁰⁾.

Auch im entscheidenden Teil II 1 b des Beschlusses E 25, 88 141) wird das Gericht mit seinen wenig klaren Ausführungen dem Streitstand in der Literatur nicht gerecht. Vor allem der Unterabschnitt bb) 142) ist vor dem Hintergrund der bisher aus dem Schrifttum gewonnenen Ergebnisse nicht recht verständlich und bedeutet eher einen Rückschritt in der Problemdurchdringung als einen positiven Beitrag.

Das BVerfG beginnt¹⁴³⁾ mit der Feststellung, Strafnormen, die die organisationsbezogene Verfassungsfeindlichkeit pönalisierten, seien im Hinblick auf Art. 18 GG verfassungsrechtlich ohne Bedenken. Man hält dies zunächst für die Stellungnahme des BVerfG zur Ableitung von Ausschlußwirkungen aus dem Tatbestand des Art. 18 GG und glaubt, das Gericht umgehe das Problem mit Hilfe seiner restriktiven Auslegung, Art. 18 gelte nur für die individuelle Verfassungsfeindlichkeit; umso mehr, als es unter bb) 144) ankündigt, sich jetzt mit den Bedenken auseinandersetzen zu wollen, die sich nicht gegen die Strafnormen

138) Vgl. die Darstellung seiner Begründung hierzu S. 76.

139) Vgl. S. 7 f.

140) Vgl. das zu Reißmüller, Dürig, Gallwas Ausgeführte.

141) a. a. O., S. 97 unten.

142) a. a. O., S. 98 unten.

143) a. a. O., S. 97 Buchstabe b, Abschnitt aa.

144) a. a. O., S. 98 unten.

selbst, sondern gegen die präventiven Sanktionen der Strafgerichte richten - also Auseinandersetzung mit der Sperrwirkung der Rechtsfolge. Wie befremdet aber der nächste Satz, "einmal werde der Grund für eine solche ausschließliche Kompetenz des BVerfG auf der Tatbestandsseite gesehen!" ¹⁴⁵⁾ Wenn man dem Tatbestand Sperrwirkungen zumißt, so entfallen als erstes einmal die entsprechenden Tatbestände des politischen Strafrechts; für die Rechtsfolge des § 42 I ist dies nur insoweit von Bedeutung, als sie vermöge ihrer Akzessorietät bei diesen Normen nicht mehr verhängt werden kann. Eine unmittelbare Ausstrahlung des Tatbestands von Art. 18 GG auf § 42 I StGB ist nicht denkbar.

Nicht weniger verwirrend muten die Ausführungen des Gerichts an, soweit es sich mit den Meinungen der Literatur auseinandersetzt, die eine ausschließliche Zuständigkeit des BVerfG zur Verhängung von Berufsverböten aus der Gleichheit der Rechtsfolgen herleiten ¹⁴⁶⁾. Ohne logische Brücke springt es sofort wieder auf tatbestandliche Erörterungen über ¹⁴⁷⁾, die doch - zumindest unmittelbar - hier nichts zu suchen haben. Erörterungen, die den Tatbestand betreffen, hätte das BVerfG nur zur Begrenzung der uferlosen Sperrwirkung der Rechtsfolge einfügen dürfen, nachdem es die Gleichheit von Verwirkung und Berufsverbot bejaht hatte. Dazu nimmt es aber mit keinem Wort Stellung. Erst nach diesem Schritt hätte unter Heranziehung der von dem Gericht jetzt ziemlich zusammenhangslos zitierten Prinzipien der streitbaren Demokratie und der zusätzlichen Verfassungsschutznorm eine Eingrenzung des Sperrbereichs erfolgen können. Weil die Entscheidung diese logische Operation überspringt und sich darüber ausschweigt, wieweit jetzt eigentlich die Ausschlußfunktion der Verwirkungsnorm geht und woraus sie sich ableitet, bleibt sie unkonturiert. Sie verfolgt keine klare Linie, sondern stellt eine Kompilation verschiedenster Theorien dar, deren Harmonisierung dem Gericht nicht glückt und nicht glücken konnte. Es

145) wobei sich das Gericht auf Wilke und Gallwas (!) beruft.

146) a. a. O., S. 99 unten.

147) a. a. O., S. 99/100: "Die ausschließliche Zuständigkeit des BVerfG wird aber auch aus der Gleichheit auf der Rechtsfolgesseite hergeleitet... , die darin erblickt wird, daß bei den hier in Frage stehenden Präventivmaßnahmen gleiche Rechtsfolgen vorliegen, deren Ausspruch allein Sache des BVerfG sei. Art. 21 Abs. 2 GG läßt jedoch auf dem von ihm gesicherten Bereich des Staatsschutzes strafrechtliche Berufsverbote zu. Denn der dem GG eigene Wesenszug der streitbaren Demokratie ... zeigt sich gleichermaßen in Art. 21 Abs. 2 und Art. 18 GG. Beide Bestimmungen dienen der Sicherung gegenüber Verfassungsfeinden. Art. 18 betrifft dagegen die Gefahrenabwehr gegenüber individueller Betätigung...".

ist zu hoffen, daß sich das BVerfG nochmals mit dem Problemkreis der Verfassungsmäßigkeit des § 42 I StGB befassen muß und daß es dann seine Aussagen in einer klareren und weniger anfechtbaren Weise formuliert.

4. KAPITEL ERGEBNISSE

Im folgenden sollen die durch die Untersuchung von Schrifttum und Rechtsprechung erarbeiteten Ergebnisse nochmals kurz zusammengefaßt werden.

1. Die Antithese: "Sperrnorm oder Norm des zusätzlichen Verfassungsschutzes" stellt weitgehend nur einen Scheingegensatz dar; da keine Alternative ganz rein vertreten wird, läßt sie sich reduzieren auf die Frage nach dem Umfang der Sperrwirkung, die von Art. 18 GG ausgeht.

2 a) Als theoretische Möglichkeiten für die Ableitung von Ausschlußwirkungen ist einmal eine Exklusionswirkung allein des Tatbestandes der verfassungsrechtlichen Verwirkungsnorm denkbar, wonach in dem Bereich "Mißbrauch von Grundrechten zum Kampf gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung" kein anderes Organ als das BVerfG zur Verhängung von Sanktionen, gleich welcher Art, befugt wäre. Diese Anschauung führt zu einem weitgehenden Abbau des Staatsstrafrechts und kann die Lahmlegung der polizeilichen Aktivität auf dem Gebiet des Verfassungsschutzes nur durch wenig überzeugende Kunstgriffe verhindern. In der Frage der Verfassungsmäßigkeit des strafrechtlichen Berufsverbots vermag diese Meinung keine eigenständige Problematik zu entdecken ¹⁾. Vielmehr richtet sich die Anwendbarkeit des § 42 I StGB allein nach dem zugehörigen Straftatbestand, auf Grund dessen das Berufsverbot erlassen wird.

b) Weiterhin können ausschließlich der Rechtsfolge "Verwirkung" Sperrwirkungen beigelegt werden, eine Ansicht, die wir etwa bei Löffler angedeutet gefunden haben. Bei dieser Theorie erhebt sich die Frage der Verwirkungsgleichheit von Sanktionen wie der Strafe oder den strafrechtlichen Maßregeln der Sicherung und Besserung, die in der Regel überhaupt nicht untersucht wird. Bejaht man sie, wie Löffler, so dehnt diese Ansicht den Sperrbezirk außerordentlich weit aus.

1) Nach Willms, NJW 64, 228 "wird das Pferd am Schwanz aufgezäumt, wenn man die Anwendbarkeit des § 42 I StGB im Bereich des strafrechtlichen Staatsschutzes unter Berufung auf Art. 18 GG verneint. Denn es kann nicht darum gehen, welche Strafen und Nebenfolgen mit Art. 18 GG zu vereinbaren sind, sondern nur darum, ob Art. 18 GG es zuläßt, daß ein bestimmtes Verhalten überhaupt unter Strafe gestellt wird" (zustimmend Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung, S. 313). Diese Folgerung ist sicher logisch; gefährlich ist nur der Absolutheitsanspruch, mit dem sie verkündet wird. Es kommt zu wenig zum Ausdruck, daß ein anderes Ereignis nicht nur als Folge eines Denkfehlers, sondern einer anderen Grundeinstellung möglich ist.

c) Schließlich ist noch eine Kombination beider Kriterien denkbar, wobei eines den Anwendungsbereich des anderen begrenzen hilft. Ausgeschlossen sind danach alle Maßnahmen zur Ahndung der im Tatbestand des Art. 18 erfaßten Sachverhalte, die Verwirkung oder verwirkungsgleich sind. Diese Anschauung, die man als die herrschende bezeichnen darf, ist zugleich die engste, besonders wenn mit Hilfe der Differenzierung zwischen präventiven und repressiven Sanktionen die Ausschlußwirkung auf maßregelähnliche Folgen beschränkt wird, aber auch sie beantwortet nicht die Frage, welche Sanktionen denn nun verwirkungsgleich sind. Darauf soll sich im folgenden unser Augenmerk besonders richten.

3. Die von der h. M. behauptete Begrenzung der Problematik auf Journalisten entspringt nicht der "Natur der Sache" und existiert nicht eo ipso. Sie ist vielmehr Folge einer stillschweigend gemachten Einschränkung der Sperrwirkung der Rechtsfolge in der oben ²⁾ behandelten Weise. Aber auch dann sind Presseberufsangehörige nur der Hauptfall für das Problem, wie das strafrechtliche Berufsverbot mit der grundgesetzlichen Verwirkungsnorm zu vereinbaren sei. Daraus muß geschlossen werden, daß auch nach dem Sperrkriterium der h. M. eine strafrechtliche Berufsuntersagung im Hinblick auf Art. 18 GG immer dann Bedenken erweckt, wenn berufsmäßig noch von einem anderen als dem Grundrecht aus Art. 12 GG Gebrauch gemacht wird. Von einer Einengung der Untersuchung auf Presseberufe ist abzusehen.

2) Abschnitt 3c.

II. T E I L

1. K A P I T E L

DIE NORM DES § 42 I StGB

I. Abschnitt

Geschichte und Rechtsnatur; Abgrenzung gegenüber der Strafe

§ 42 I steht im Abschnitt 1a des StGB, der insgesamt durch das Gewohnheitsverbrechergesetz vom 24. 11. 1933 in das StGB eingefügt worden ist. Er verwirklicht aber weit älteres Gedankengut; sein unmittelbares Vorbild hat er im Vorentwurf eines schweizerischen StGB von Carl Stooss (1893) ¹⁾. Mit dem Abschnitt 1a wurde die Zweispurigkeit (Strafe und Maßregel nebeneinander) in das deutsche Strafrecht eingeführt und der sogenannte Schulenstreit ²⁾ weitgehend beendet. Die Forderung der modernen Schule unter Franz von Liszt ³⁾, die Strafe im spezialpräventiven Sinn, also in Richtung auf Sicherung und Besserung umzugestalten und demgemäß vom Prinzip des Tatstrafrechts und der Vergeltungsstrafe abzugehen, wurden insoweit erfüllt, als neben die Strafe eine Sanktion trat, die auf die Gefährlichkeit des Täters abstellte und teilweise - wie zum Beispiel die Sicherungsverwahrung, § 42 e StGB - ausdrücklich an keine Frist gebunden war. Gleichzeitig wurde, ganz im Sinn der klassischen, absoluten Straftheo-

-
- 1) Jescheck, Lehrbuch, S. 54; Mezger-Blei, Lehrbuch A. T. S. 378; Baumann, Lehrbuch, S. 712; Dreher, Komm. Vorbem. 1 vor § 42a; Schönke-Schröder, Komm. Vorbem. 4 vor § 42 a.
 - 2) Hierzu statt vieler Maurach, Lehrbuch A. T. S. 54 ff, bes. S. 70 f; Bockelmann, Vom Sinn der Strafe, S. 32 ff; derselbe, Strafrechtliche Untersuchungen, S. 5 f, 15 f; Jescheck, Lehrbuch, S. 54, 80; Schmidhäuser, Lehrbuch, S. 57; Eb. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, S. 386 ff.
 - 3) Zum kriminalpolitischen Programm Liszts vergl. dessen eigene Schriften: "Der Zweckgedanke im Strafrecht" (1882) in: Aufsätze Bd. I S. 126 ff und "Kriminalpolitische Aufgaben", a. a. O., S. 290 ff; weiterhin Bockelmann, Studien zum Täterstrafrecht, 1. Teil, S. 90 ff; derselbe in ZStW 81 (1969), S. 599; Eb. Schmidt, ZStW 67 (1955), S. 177; derselbe in: Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, S. 362 ff; Roxin, ZStW 81 (1969), S. 616 ff.

rie ⁴⁾ - die Strafe von spezialpräventiven Momenten befreit und die Besserungs- und Sicherungsfunktion auf die Maßregel übertragen. Da sich in der Praxis aber der Vollzug etwa der Sicherungsverwahrung nicht von dem der Strafe unterschied, ist bald von einem "Etikettenschwindel" gesprochen worden ⁵⁾. Auch seien die Maßregeln - so wurde eingewandt - wegen ihrer häufig unbestimmten Dauer für den Betroffenen sehr viel härter als die Strafe. Die Maßregeln seien also Strafen, nur unter anderer Bezeichnung. Demgegenüber ist mit der herrschenden Meinung in der Strafrechtswissenschaft an der Abgrenzbarkeit von Strafe und Maßregel festzuhalten ⁶⁾. Bei der Bestimmung der Rechtsnatur einer Sanktion ist nicht auf ihren aktuellen Übelscharakter abzustellen und die Wertung nicht davon abhängig zu machen, wie die Rechtsfolge vom Betroffenen empfunden wird. Der Strafbegriff ist vielmehr subjektiv und er ist formal ⁷⁾. Der Wille der Rechtsordnung bestimmt darüber, ob eine Rechtsfolge als vergeltendes Übel verhängt wird und nicht der materielle Gehalt der Sanktion, sondern die ihr beigelegte Funktion ist maßgebend für die Einordnung als Strafe oder als Maßregel. Schon die klassische Definition von Hugo Grotius: "Poena est malum passionis, quod infligitur propter malum actionis" bringt den Charakter der Strafe als bezweckter Übelszufügung im Wörtchen "propter" deutlich zum Ausdruck ⁸⁾. Wenn nun aber für die Bestimmung der Rechtsfolge "Strafe" eindeutige Kriterien bestehen, so fällt es nicht mehr schwer, die Maßregeln der Sicherung und Besserung einzugrenzen: keine Kriminalstrafe, sondern Maßregel sind alle die Rechtsfolgen, die nicht als repressive Vergeltung, sondern zur präventiven Vorbeugung, Besserung und Siche-

4) Siehe die Darstellungen der Straftheorien bei Bockelmann, *Strafrechtliche Untersuchungen*, S. 4 f; derselbe, *Vom Sinn der Strafe*, S. 32 ff; Maurach, *Lehrbuch, A. T.*, S. 55 ff, bes. S. 60 f; Jescheck, *Lehrbuch*, S. 45 ff; Schmidhäuser, *Lehrbuch*, S. 33 ff; Welzel, *Lehrbuch*, S. 239 ff; Eb. Schmidt, *ZStW* 67, 177; Roxin, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe in JuS* 66, 377 ff; Preiser, *Das Recht zu strafen in: Mezger-Festschrift*, S. 73 ff; Kaufmann, Arthur, *Das Schuldprinzip*, S. 201 ff.

5) Kohlrausch, *DRZ* 47, 27; vgl. auch die 3. Auflage von Maurachs *Lehrbuch A. T.*, S. 759; Baumann, *Lehrbuch*, S. 47.

6) Maurach, *Lehrbuch A. T.* (4. Auflage 1971), S. 75 ff; Welzel, *Lehrbuch*, S. 263; Mezger-Blei, *Lehrbuch A. T.*, S. 378; Schönke-Schröder, *Komm. Vorbem.* 1 vor § 42 a; Bockelmann, *Strafrechtliche Untersuchungen*, S. 19 f, 25; derselbe, *Studien zum Täterstrafrecht 2. Teil*, S. 11 f; derselbe, *Vom Sinn der Strafe*, S. 30; Kaufmann, *Schuld und Strafe*, S. 295 f; derselbe, *Das Schuldprinzip*, S. 211.

7) So die Formulierung von Bockelmann, *Vom Wesen der Strafe*, S. 29.

8) Bockelmann, *a. a. O.*, S. 28.

nung verhängt werden ⁹⁾. Einwände wie der von Hellmuth Mayer ¹⁰⁾, viele Maßregeln seien genauso als Strafen denkbar, schlagen nicht durch, weil sie die der Rechtsfolge von der Rechtsordnung beigelegte Funktion außer Acht lassen und sich nur auf den materialen Gehalt der Sanktion stützen. Folgt man dem subjektiv-formalen Strafbegriff, so kann auch die auf den ersten Blick verwirrende Tatsache nicht mehr weiter verblüffen, daß sich in unserem StGB nebeneinander die Maßregel der Entziehung der Fahrerlaubnis (§ 42 m) und die Nebenstrafe des Fahrverbots (§ 37) finden und daß im schweizerischen Strafrecht, das ebenfalls den Ausspruch eines Berufsverbots durch den Strafrichter kennt, dieses nicht als Maßregel, sondern als Nebenstrafe ausgestaltet ist ¹¹⁾. Über allem Streit um die Abgrenzbarkeit von Kriminalstrafe und Maßregel darf aber nicht übersehen werden, daß die Verhängung präventiv wirkender Maßregeln der Sicherung und Besserung einfach eine Notwendigkeit ist und daß sie ihre oberste Rechtfertigung in der Erwägung finden, daß derjenige, der von seiner Freiheit nicht den rechten Gebrauch zu machen versteht, diese Freiheit auch nicht unbeschränkt auf Kosten der Gesellschaft genießen kann, sondern sich beschränkende Eingriffe in seine Rechte gefallen lassen muß ¹²⁾.

-
- 9) Auf Grund dieses Maßstabs können nicht nur die Maßregeln im engeren Sinn nach Abschnitt 1a des StGB, sondern auch diejenigen Sanktionen, wie Disziplinarstrafen, Zwangs- und Beugestrafen, Geldbußen u. a. von der echten Kriminalstrafe unterschieden werden, die zwar z. T. als "Strafe" bezeichnet werden, aber nicht die Vergeltung vergangenen Tuns bezwecken, sondern in die Zukunft wirken wollen. Vgl. Bockelmann, a. a. O., S. 30; Maurach, Lehrbuch A. T., S. 6 ff.
- 10) Lehrbuch A. T., S. 170. Siehe hierzu auch Maurachs, Kritik an Mayer, Lehrbuch A. T., 1. Auflage 1954.
- 11) Vgl. Schönke-Schröder, Komm. Anm. 22 zu § 42 I StGB.
- 12) Vgl. Welzel, Lehrbuch, S. 245; Jescheck, Lehrbuch, S. 55; Stree, Deliktsfolgen und Grundgesetz, S. 220 ff; Bockelmann, Schuld und Sühne, S. 22.

II. Abschnitt

Der Tatbestand des § 42 I StGB

1a) Der Täter muß ein Verbrechen unter Mißbrauch seines Berufs oder unter grober Verletzung der ihm kraft seines Berufs oder Gewerbes obliegenden Pflichten begangen haben. In Betracht kommen sämtliche Berufsarten; von besonderer Bedeutung ist § 42 I StGB für Ärzte und Hebammen bei Abtreibungen und für Rechts-, Wirtschafts- und Steuerberater, die ihnen anvertraute Vermögenswerte veruntreut haben ¹³⁾. Notwendig ist im ersten Fall, daß der Täter vorsätzlich die ihm durch seinen Beruf gegebenen Möglichkeiten ausnutzt, um Straftaten zu begehen und zwar muß die strafbare Handlung im Zusammenhang mit dem Beruf stehen und nicht nur bei Gelegenheit der Berufsausübung begangen werden ¹⁴⁾. Verletzbar sind im zweiten Fall Pflichten aus Gesetz, Vertrag oder öffentlich-rechtlicher Anstellungsverfügung ¹⁵⁾.

b) Weiter ist Voraussetzung, daß der Täter zu Freiheitsstrafe von mindestens drei Monaten wegen eines Verbrechens oder Vergehens verurteilt worden ist, wobei streitig ist, ob eine Gesamtstrafe in dieser Höhe genügt oder ob eine der Ein-satzstrafen drei Monate erreichen muß ¹⁶⁾.

c) Von besonderer Bedeutung ist die Erforderlichkeit des Berufsverbots. Der Strafrichter muß also prüfen, ob nicht eine weniger einschneidende Maßnahme zum gleichen Ziel des Schutzes der Allgemeinheit führt - etwa bei Unzucht mit Abhängigen das Verbot, weibliche Lehrlinge zu halten statt Gewerbeverbots - bzw. ob nicht die Teiluntersagung des Berufs oder eines Zweiges davon ausreicht ¹⁷⁾. Zur Verhängung des Berufsverbots muß die Wahrscheinlichkeit bestehen, daß der Delinquent nach Entlassung aus der Strafhaft wieder einschlägig straffällig wird ¹⁸⁾. Zeitpunkt für diese Prognose ist das Ende der Strafverbüßung ¹⁹⁾.

13) Baumann, Lehrbuch, S. 725.

14) RGSt 68, 399; BGH MDR 52, 146; 68, 550; OLG Hamburg, NJW 55, 1568; Schönke-Schröder, Komm. Anm. 6 zu § 42 I; Dreher, Komm. Anm. 1 A zu § 42 I; Kohlrausch-Lange, § 42 I Abschn. II; Maurach, Lehrbuch A. T., S. 910.

15) OLG Hamburg, NJW 55, 1568; Schönke-Schröder, Komm. Anm. 7 zu § 42 I.

16) Im ersteren Sinn Dreher, Komm. Anm. 1 zu § 42 I und Schönke-Schröder, Komm. Anm. 8 zu § 42 I StGB; a. A. dagegen BGHSt 4, 258; Jagusch in LK § 42 I, Abschn. II 2.

17) Schönke-Schröder, Anm. 9 zu § 42 I; Jagusch in LK § 42 I Abschn. II 3.

18) BGH, GA 55, 151.

19) BGH, GA 53, 154; RGSt 75, 55; Schönke-Schröder, Komm. Rdz. 10 zu § 42 I; Jagusch in LK § 42 I Abschn. II 4.

2. § 42 I StGB ist nur eine Kannbestimmung. Auch bei Vorliegen ihrer Voraussetzungen steht die Anordnung der Maßregel im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts. Allerdings werden bei Sachdienlichkeit stichhaltige Gründe gegeben müssen, wenn das Gericht trotz drohender Gefahr davon Abstand nimmt ²⁰⁾. Vor allem bei einem längeren Berufsverbot ist die Maßnahme zu begründen ²¹⁾.

3. Das Urteil muß die untersagte Tätigkeit genau umreißen (§ 260 Abs. II StPO). Es ist nur der Beruf oder das Gewerbe untersagbar, in dem die pflichtwidrige Handlung begangen worden ist. Zulässig ist aber die Untersagung nicht bloß eines bestimmten, sondern jedes Handelsgewerbes ²²⁾, nicht aber "jeder selbständigen Geschäftstätigkeit" oder Gewerbetätigkeit ²³⁾. Die Untersagung der Berufsausübung erfolgt neben der Strafe. Sie kann auch neben anderen Maßregeln ausgesprochen werden (§ 42 p). Sie ist selbständig durch Rechtsmittel anfechtbar ²⁴⁾.

4. Die Folge der Berufsuntersagung ist das Verbot, in dem bezeichneten Beruf tätig zu werden. Der Verstoß dagegen ist nach § 145 c StGB strafbar.

5. Die zeitliche Dauer des Berufsverbots ist begrenzt auf mindestens ein Jahr und höchstens fünf Jahre. Die Untersagung wird mit Urteilsrechtskraft wirksam, die Frist beginnt aber erst nach Verbüßung, Verjährung oder Erlaß der neben dem Berufsverbot ausgesprochenen Freiheitsstrafe bzw. der Erledigung einer daneben angeordneten, mit Freiheitsentziehung verbundenen Maßregel zu laufen (§ 32 Abs. II StGB) ²⁵⁾.

Frühestens ein Jahr nach der Untersagung kann das Gericht erster Instanz (§ 462 Abs. I, § 463 a Abs. III StPO) das Berufsverbot wieder aufheben, wenn der Zweck der Maßregel ihre Fortdauer nicht mehr erforderlich erscheinen läßt (§ 42 I Abs. IV StGB).

6. Neben dem strafrechtlichen Berufsverbot ermächtigen noch zahlreiche Gesetze die Verwaltungsbehörden zu Berufs- und Gewerbeuntersagungen, zum Beispiel die §§ 35, 59, 147 Abs. III GewO, 15, 16 GastG. Für einen speziellen Fall gibt § 14 LebensmittelG auch dem Strafrichter die Möglichkeit zum Berufsverbot wegen Unzuverlässigkeit.

20) RGSt 74, 54; Jagusch, a. a. O., Abschn. III.

21) BGH, VRS 18, 115; 31, 188; Schönke-Schröder, Komm. Rdz. 11 zu § 42 I.

22) RGSt 71, 69; BGH NJW 58, 1404.

23) BGH bei Dallinger, MDR 52, 530.

24) OLG Hamm, NJW 57, 1773; Schönke-Schröder, Komm. Rdz. 14 zu § 42 I; a. A. Dreher, Komm. Anm. 15 zu § 42 I; RG DJ 40, 335.

25) Schönke-Schröder, Komm. Anm. 16 zu § 42 I; Dreher, Bem. 4 A zu § 42 I.

III. Abschnitt

Das strafrechtliche Berufsverbot im kommenden Recht (StGB 1973 - 2. Strafrechtsreformgesetz)

Auch das zukünftige StGB hält an dem Gedanken der Zweispurigkeit der Sanktionen fest ²⁶⁾. Die dem geltenden Recht bekannten Maßregeln werden - wenngleich zum Teil erheblich verändert - auch im neuen StGB zu finden sein, wozu allerdings noch die Maßregeln der Unterbringung in einer sozialtherapeutischen Anstalt und der Führungsaufsicht treten. Das Berufsverbot ist künftig in den §§ 70 ff StGB eingehend geregelt. Besonders erwähnenswert ist, daß im Gegensatz zur bisherigen Regelung ein Berufsverbot auch dann verhängt werden kann, wenn der Täter nur deswegen nicht verurteilt wird, weil seine Schuldunfähigkeit erwiesen oder nicht auszuschließen ist. Ebenso ist neu, daß das Berufsverbot bei entsprechender Gefahr auch für immer angeordnet werden kann, wenn die gesetzliche Höchstfrist als nicht ausreichend erscheint (§ 70 I). §§ 70 a und 70 b regeln im übrigen eingehend die Aussetzung, den Widerruf der Aussetzung und die Erledigung des Berufsverbots.

26) Zum neuen Strafrecht vgl. Maurach, Lehrbuch A. T., S. 53 ff; Müller-Emmert, Die Strafrechtsreform, DRiZ 69, 276. Den Einfluß der Spezialprävention auf Werden und Gestalt des neuen Strafrechts im besonderen behandeln Roxin und Bockelmann, ZStW 81 (1969), S. 597 ff und 613 ff.

2. KAPITEL

ART. 18, DIE VERWIRKUNGSNORM DES BONNER GRUNDGESETZES

I. Abschnitt

Wesen und Standort des Art. 18 GG

1. Art. 18 als Norm des Verfassungsschutzes

Unter der Herrschaft des GG ¹⁾ entfaltet sich der Verfassungsschutz ²⁾ in dreierlei Weise ³⁾: verwaltungsmäßig im allgemeinen Polizeirecht, in Vereins- und Versammlungsverboten und in der Tätigkeit der Verfassungsschutzämter; strafrechtlich in Form der Tatbestände des politischen Strafrechts, endlich verfassungsrechtlich, wobei Schutznormen gegen verfassungsfeindliche Bestrebungen und solche gegen Verfassungsstörungen, Entartungen, Selbstauflösung usw. zu unterscheiden sind. Da sich Art. 18 GG gegen Angriffe von außen richtet, gehört er der ersteren Kategorie an. Art. 18 GG ist also eine verfassungsrechtliche Verfassungsschutznorm zur Abwehr äußerer Angriffe auf die verfassungsmäßige Ordnung.

2. Der ideelle und staatspolitische Hintergrund der Vorschrift. Stellungnahme zu ihrer Sperrwirkung

Bis zum Zusammenbruch von 1945 war dem deutschen Verfassungsrecht wie auch außerdeutschen Verfassungen das Institut der Verwirkung unbekannt ⁴⁾.

-
- 1) Das GG selbst erwähnt den Begriff nur in Art. 74, Ziff. 10 und Art. 87 Abs. 1.
 - 2) Scheuner in Festgabe für Erich Kaufmann 1950, S. 321 versteht unter Verfassungsschutz "die in den freiheitlichen Staatsordnungen enthaltenen Einrichtungen, die dem Zweck der Sicherung der Verfassung gegen Angriffe von außen und innen, gegen verfassungsfeindliche Bestrebungen von oben oder unten und gegen innere Funktionsunfähigkeit dienen und über die allgemeine Pflicht zur Wahrung der Verfassung hinaus besondere Pflichten oder Zuständigkeiten begründen, insbesondere Rechtsnachteile für Verletzungen der Verfassung verlangen oder organisatorische Vorsorge für ihren Schutz treffen". Vgl. auch die Definition von Evers, Evangel. Staatslexikon, Spalte 2365 "Verfassungsschutz".
 - 3) Vgl. dazu Schmitz, Diss., S. 3; Haller, Diss., S. 11.
 - 4) Der Verweis Beyers, NJW 54, 713 auf das Scherbengericht Athens ist natürlich nur als historische Reminiszenz gedacht (so auch Klemmer, Diss., S. 5; Schmitz, Diss., S. 3; Hartmann, Diss., S. 68). Auch die Suspension von Grundrechten nach Art. 48 Abs. II WRV ist als generelle Maßnahme nicht mit Art. 18 GG vergleichbar; siehe Haller, Diss., S. 12; Heeb, Diss., S. 57 ff.

Zwar verbot eine Reihe von alten deutschen Landesverfassungen ⁵⁾, ausgehend von Art. 11 der französischen Déclaration des droits de l'homme et du citoyen vom 4. 8. 1789 den Mißbrauch von Grundrechten, sie blieben aber im Hinblick auf die Sanktion *leges imperfectae* ⁶⁾. Das Verfassungsschutzrecht der Weimarer Republik bewegte sich ausschließlich auf der Ebene der Gesetze und Notverordnungen nach Art. 48 Abs. II WRV ⁷⁾. Demgegenüber stellt die Aufnahme des Art. 18 GG (zusammen mit Art. 9 Abs. II und 21 Abs. II) bekanntlich einen Wandel im Demokratieverständnis dar ⁸⁾. Die Väter des GG gingen davon aus, das System von Weimar habe versagt, weil es sich auf bloße Funktionierensprinzipien beschränkt hatte, in die jeder Inhalt, auch der Kampf gegen die Verfassung selbst ⁹⁾, eingehen konnte. Das GG bezieht daher nicht nur gegenüber dem Dritten Reich, sondern auch gegenüber seiner demokratischen Vorgängerin von Weimar eine prononcierte Gegenstellung. Das GG hat die Staatsform der streitbaren Demokratie gewählt und sich von der "Neutralität bis zum Selbstmord" gelöst ¹⁰⁾.

Gallwas ¹¹⁾ hat die Feststellung, die Demokratie des GG sei abwehrbereit und militant, als heute schon zu den verfassungsrechtlichen Gemeinplätzen gehörend bezeichnet und das sicher nicht zu Unrecht. Umso unverständlicher ist es bei der allgemeinen Anerkennung dieser Grundtendenz des GG, wie sehr bei der Ausle-

-
- 5) Vgl. die Zusammenstellung bei Wilke, Berufsverbot, S. 47 FN 8.
 - 6) Einige vor September 1948 aber nach dem Zusammenbruch erlassene Länderverfassungen kannten bereits ähnliche Institute; dazu eingehend Wilke, a. a. O., S. 46 ff; Klemmer, Diss., S. 5 f.
 - 7) Vgl. den kurzen Überblick über das Verfassungsschutzrecht der WRV - das selbst nicht außerhalb des Verdachts stand, gegen den liberalen Geist der Verfassung zu verstoßen - bei Heeb, Diss., S. 59 f.
 - 8) Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung, S. 21 ff; Fromme, Von der Weimarer Verfassung zum Bonner Grundgesetz, S. 7 ff; Klemmer, Diss., S. 1 ff; Hartmann, Diss., S. 75.
 - 9) Vgl. hierzu Anschütz, Komm. Art. 76 WRV, Anm. 3.
 - 10) BVerfGE 5, 85 ff; Willms, Staatsschutz, S. 17; Wintrich, Zur Problematik der Grundrechte, S. 12; Jahrreiß, Demokratie, S. 90 in Festschrift für Richard Thoma; Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung, S. 30; Hartmann, Diss., S. 73, 76; Reif, Diss., S. 90; Dürig in Komm. Rdz. 29 zu Art. 79; Klein in Komm. Art. 18, Anm. II 2. Kritisch Ridder, Meinungsfreiheit in Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte Bd. II, S. 268 f; Bedenken äußert auch Loewenstein, Verfassungslehre, S. 348.
 - 11) Mißbrauch, S. 91.

gung des Art. 18 GG dagegen verstoßen wird. Eine Lahmlegung strafrechtlicher und verwaltungsbehördlicher Abwehraktivitäten kann die Verfassung nicht wollen. Art. 18 gewährleistet schon wegen des Antragsprinzips und der Überlastung und Schwerfälligkeit des BVerfG nicht einen wirksamen Verfassungsschutz der ersten Stunde. Auch wäre es mit dem Prinzip der kämpferischen Demokratie nicht zu vereinbaren, in der grundgesetzlichen Verwirkungsnorm in erster Linie eine Schutzbestimmung für das Individuum zu sehen und nicht ein Instrument des Verfassungsschutzes¹²⁾. Als "Sperrnorm großen Stils" im Sinn von Willms und Čopić, die einzig das BVerfG zu Sanktionen gegen verfassungsfeindlichen Grundrechtsmißbrauch ermächtigen würde, kann Art. 18 GG nicht anerkannt werden. Im übrigen ist es nicht richtig, wenn behauptet wird, es gebe bei einer Ablehnung umfassender Ausschlußwirkungen kein Halten mehr und das Individuum sei in seiner staatsbürgerlichen Freiheit auf's äußerste durch ein beständig anwachsendes politisches Strafrecht gefährdet¹³⁾. Im Bereich der politischen Betätigung wie auch in anderen Bereichen stecken die Grundrechte den dem Bürger vorbehaltenen Raum ab; sie stellen auch für den Strafgesetzgeber eine Barriere da, die er nicht überschreiten darf. Die Grundrechte sind sehr wohl in der Lage, dem Privaten ausreichend Schutz vor einem hypertrophischen Staatsstrafrecht zu gewähren; besonders dann, wenn man die Einschränkung des Art. 2 Abs. 1 GG, die ja in der Interpretation des Elfesurteils¹⁴⁾ sehr weit reicht, mit Hilfe des Übermaßverbots überwacht¹⁵⁾. Eine Notwendigkeit, den Bereich der grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte über das Medium des Art. 18 GG zu verengen, besteht nicht.

Ist somit die umfassende Sperrwirkung des Art. 18 GG abzulehnen und zwar gleich, ob eine solche aus dem Tatbestand oder aus der Rechtsfolge abgeleitet wird, so kann doch nicht übersehen werden, daß die Verwirkungsnorm allein

12) So auch Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung, S. 55 ff; siehe auch Haller, Diss., S. 23 f; Wernicke in BK, Erl. II zu Art. 18; Hamann-Lenz, Anm. A 1 zu Art. 18; Hlawaty, Diss., S. 65 betrachten Art. 18 GG auf Grund seiner Stellung im Grundrechtsteil als Schutznorm für das Individuum. Aus dem Stellungsargument würde sich aber bei konsequenter Durchführung ergeben, daß Art. 18 als Grundrecht zu behandeln wäre; eine Konsequenz, die kaum jemand zu ziehen bereit wäre. So auch Haller, Diss., S. 28, 37.

13) Vgl. etwa die Grundtendenz, die Čopićs Arbeit über das politische Strafrecht neuer Art zugrundeliegt; bes. S. 4, 5; S. 8 ff, S. 21 f, S. 98 ff, S. 109 ff u. a. .

14) BVerfGE 6, 32.

15) BVerfGE 20, 150 [155, 159] (Sammlungsgesetz; vgl. dazu Rupp, NJW 66, 2039). Siehe auch BVerfGE 29, 402 [410] und 29, 245 [254].

dem BVerfG das Monopol zur Verhängung der Verwirkungsfolge eingeräumt hat ¹⁶⁾. Auf der Suche nach einer Lösung, die sowohl dem Prinzip der kämpferischen Demokratie als auch dem verfassungsgerichtlichen Monopol gerecht wird, stößt man darauf, daß das Strafrecht für eine ähnliche Sachlage eine längst als ganz selbstverständlich hingenommene Lösung gefunden hat ¹⁷⁾. Die strafrechtliche Literatur ¹⁸⁾ behandelt das Problem unter dem Schlagwort "Garantiefunktion des Tatbestands". Art. 18 GG kommt eine Sperrwirkung in dem Sinn zu, wie man im Strafrecht auch den einzelnen Straftatbestand als "magna charta des Verbrechers" ¹⁹⁾ bezeichnet. Unter Hinblick auf Art. 103 Abs. II GG darf nämlich die Rechtsfolge "Strafe" nur in den vom Straftatbestand umschriebenen Lebenssachverhalten verhängt werden. Der Verbrecher kann sich darauf verlassen, daß er bei Fehlen eines Tatbestandsmerkmals nicht bestraft oder mit einer Maßregel der Sicherung und Besserung belegt wird. Ebenso darf der Täter des Art. 18 GG darauf vertrauen, daß eine Aberkennung der aufgezählten Grundrechte nur erfolgt, wenn der Mißbrauchstatbestand erfüllt ist. Wie die Strafe nur von einem Gericht über den Verbrecher ausgesprochen werden darf, hat auch der Verfassungsaggressor die Sicherheit, daß die Rechtsfolge "Verwirkung" nur in einem

16) Hier kann ohne weiteres zugestanden werden, daß Art. 18 als sekundären Zweck - aber nur als solchen - auch den Schutz des Individuums im Auge hat. Ebenso Dürig, Komm. Anm. 64 zu Art. 18; Erichsen, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit I, S. 52/53; Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung, S. 55 f; Hönsch, Diss., S. 41.

17) Mit dem Rückgriff auf strafrechtliche Erwägungen soll nicht angedeutet werden, die Verwirkungssanktion sei ihrer Rechtsnatur nach Strafe (vgl. hierzu S. 69). Jedoch kann auch nicht jeder Vergleich mit der sachlich gleichliegenden strafrechtlichen Rechtslage unter Hinweis auf die eigengeartete Natur des öffentlichen Rechts und besonders des Art. 18 GG abgelehnt werden. Man sollte nicht in das Extrem Otto Mayers - nur eben bezogen auf das Strafrecht - verfallen, der (Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, S. 117) es ablehnt, irgendeine Gemeinsamkeit zwischen öffentlichem und bürgerlichem Recht anzuerkennen. Für eine Vergleichbarkeit von Strafrecht und verfassungsrechtlichem Verwirkungsinstitut plädieren auch Lechner, BVerfGG, Anm. 1 zu § 13; Füchtenbusch, Diss., S. 97; Wagner, Diss., S. 60.

18) Vgl. Maurach, Lehrbuch A. T., S. 226; Mezger-Blei, Lehrbuch A. T., S. 43; Jescheck, Lehrbuch, S. 90 ff; Schmidhäuser, Lehrbuch, S. 71 ff.

19) Franz von Liszt, Aufsätze Bd. II, S. 80: Das StGB sei die "magna charta des Verbrechers", der Satz "nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege" sei "das Bollwerk des Staatsbürgers gegenüber der rücksichtslosen Macht der Mehrheit, gegenüber dem Leviathan".

Verfahren vor dem BVerfG und nur durch dieses verhängt wird. Im Strafrecht wird aber niemand behaupten wollen, die Bekämpfung von Mord, Diebstahl, Betrug, Zuhälterei, Münzdelikten, Sittlichkeitsverbrechen u. a. könne nur durch die Gerichte und nur mit Hilfe strafrechtlicher Sanktionen erfolgen. Freilich, die Verhängung letzterer ist bei den Gerichten "monopolisiert". Andere Organe, etwa die Polizei, sind aber nicht gehindert, Straftaten mit ihren Mitteln zu bekämpfen. Dasselbe gilt auch für Art. 18. Nur der Ausspruch der Verwirkung wegen Mißbrauchs eines Grundrechts zum Kampf gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung bleibt dem BVerfG vorbehalten. Mit Maßnahmen anderer Art als der Verwirkung kann jedes Staatsorgan auf verfassungsaggressive Tätigkeit reagieren.

Die hier dargelegte Auffassung stimmt weitgehend mit der Ansicht von Reißmüller 20), Dürig 21), Bettermann 22) u. a. überein, wonach - nur - der Ausspruch der Verwirkung oder die Verhängung einer verwirkungsgleichen Maßnahme wegen Mißbrauchs von Grundrechten zum Kampf gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung durch ein anderes Organ als das BVerfG unzulässig ist und zwar auch und erst recht dann, wenn das betroffene GR im Katalog des Art. 18 nicht aufgezählt ist. Die Differenzierung zur hier vertretenen Anschauung setzt erst bei der später vorzunehmenden Erörterung ein, welche Maßnahmen Verwirkung bzw. verwirkungsgleich sind 23).

Als erstes Ergebnis der Untersuchung ist nunmehr eine Verfeinerung und Eingrenzung der Problemstellung möglich. Das strafrechtliche Berufsverbot verstößt nur dann gegen Art. 18 GG, wenn auf Grund des Art. 18 überhaupt ein Berufsverbot erlassen werden kann bzw. - da Art. 12 in Art. 18 nicht als verwirkbar genannt ist - wenn ein solches Verbot erlassen werden könnte, wäre das Grundrecht der Berufsfreiheit in den Katalog des Art. 18 aufgenommen.

20) JZ 60, 530 f.

21) Komm. Bem. 64 zu Art. 18.

22) JZ 64, 606. Vor allem Bettermann setzt den Akzent auf die von der Sperrwirkung freibleibenden Räume.

23) Allein von der Beantwortung dieser Frage hängt es auch ab, ob trotz seiner andersgearteten Terminologie Gallwas mit seiner Anschauung (Mißbrauch, S. 130), jedes staatliche Organ könne auch vor dem Verwirkungsausspruch punktuelle Maßnahmen ergreifen, während der Ausspruch der Verwirkung selbst dem BVerfG vorbehalten sei, als Kronzeuge der hier vertretenen Ansicht angerufen werden kann. Eine punktuelle Maßnahme wie die Berufsuntersagung kann nach Gallwas keine Verwirkung oder verwirkungsgleich sein. Daß er später diesen Grundsatz wieder aufgibt (vgl. S. 33 f), soll hier außer Acht bleiben.

3. Geltung des Art. 18 GG nur im politischen Raum

Der geschichtliche Hintergrund des Art. 18, seine Gegenposition zur Weimarer Reichsverfassung und sein Zweck, die Verfassung gegen kämpferische Verfassungsfeindlichkeit unter Ausnutzung der eben durch die Verfassung gewährten Rechte zu schützen, machen deutlich, daß er gerade die politische Dimension der Grundrechte anspricht. Ridder²⁴⁾ hat als erster erkannt, daß der Ausspruch der Verwirkung den unpolitischen Bereich der Grundrechte unberührt läßt, daß etwa einem Journalisten, gegen den der Ausspruch der Verwirkung von Art. 5 Abs. 1 S. 2 wegen verfassungsfeindlichen Mißbrauchs der Pressefreiheit erfolgt ist, es unbenommen bleibt, etwa Sportberichte, Rezensionen, Kritiken zu verfassen, wenn er dabei nur nicht in politische Bereiche übergreift²⁵⁾. "Die Verwirkungsnorm zielt nicht auf Entbürgerlichung, sondern nur auf Entpolitisierung ab"²⁶⁾. Mit einer völligen Aberkennung der Grundrechte würde sich die Verfassung selbst mit ihren in Art. 1 Abs. III und 19 Abs. II aufgestellten Prinzipien in Widerspruch setzen²⁷⁾. So gesehen ist also jede Verwirkung eine Teilverwirkung, weil sie auf die politische Dimension des Grundrechts begrenzt ist²⁸⁾. Dieses Ergebnis ist für die spätere Untersuchung festzuhalten.

4. Sicherungsfunktion der Verwirkungsnorm

Weithin Einhelligkeit²⁹⁾ besteht darin, daß Art. 18 GG im Sinn herkömmlicher

24) Meinungsfreiheit in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. 2, S. 290 mit FN 160.

25) Ebenso Čopić, JZ 63, 398.

26) Dürig in Komm. Bem. 11 zu Art. 18; ähnlich Wilke, Berufsverbot, S. 119; Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung, S. 180 ff; S. 249; Hönsch, Diss., S. 62 (für Art. 566). Für die spezifisch politische Zielrichtung des Art. 18 GG auch Lerche, Asylrecht, in Arndt-Festschrift, S. 207.

27) Dürig, a. a. O., Anm. 58 zu Art. 18.

28) Brinkmann, Grundrechte, Art. 18 Anm. I 1 d, hält dagegen die Begrenzung der Grundrechtsverwirkung auf die politische Dimension für zu eng und möchte stattdessen das Merkmal der "Öffentlichkeit" einführen.

29) Dürig in Komm. Rdz. 39, 40, 94 zu Art. 18; derselbe, JZ 53, 516; Klein in Komm. Art. 18 Anm. III 4 (S. 531); Gallwas, Mißbrauch, S. 134; Wilke, Berufsverbot, S. 97; Lerche, Asylrecht, in Arndt-Festschrift, S. 206; Čopić, JZ 63, 497; Echtermöller, JZ 53, 657; Scheuner, BayVbl 63, 68; Haller, Diss., S. 4 ff, bes. S. 17; Kind, Diss., S. 39 ff; Klemmer, Diss., S. 44; Heeb, Diss., S. 27 f; Füchtenbusch, Diss. S. 99; Wagner, Diss., S. 59.

strafrechtlicher Kategorien als präventive Maßregel mit Sicherungsfunktion anzusprechen ist. Dies ist aus dem Zweck der Vorschrift zu folgern, die eine Unterbindung der verfassungsfeindlichen Bestrebungen des Täters für die Zukunft im Auge hat. Für den Ausspruch dieser präventiven Sanktion ist somit allein die zukünftige Gefährlichkeit des Täters maßgebend ³⁰⁾.

Im Gegensatz zur allgemein vertretenen Anschauung, die Art. 18 GG als Maßnahme zur präventiven Gefahrenabwehr qualifiziert, ist von Weber ³¹⁾ der Ansicht, Art. 18 trage Strafcharakter. Er begründet dies mit dem Hinweis auf das StGB, das in vielen Fällen (§ 75 I, 276 II 2, 357 ³²⁾) von der "verwirkten Strafe" spreche. Jede Strafe sei ihrem Wesen nach Verwirkung; umgekehrt komme der öffentlich-rechtlichen Verwirkung Strafcharakter zu.

Was von Weber hier betreibt, ist eine reine Wortinterpretation, die davon ausgeht, der staatsrechtliche Verwirkungsbegriff sei mit dem im Strafrecht verwendeten identisch. Gerade dies ist aber zu verneinen ³³⁾. Wenn von Weber schon das zivilrechtliche Verwirkungsinstitut ausdrücklich als in diesem Zusammenhang irreführend von der Erörterung ausschließt ³⁴⁾, hätte er erkennen müssen, daß auch dem Art. 18 ein spezifisch staatsrechtlicher Verwirkungsbegriff zugrunde liegt, der seine Gleichsetzung mit dem strafrechtlichen Sprachgebrauch verbietet.

Wenn auch an der Einstufung des Art. 18 in die Kategorie präventiver, gefährlichkeits- und nicht schuldorientierter Maßregeln festzuhalten ist, so scheint es doch - auch angesichts der immerhin vertretenen Gegenmeinung - untunlich, hierauf die Rechtfertigung repressiver Bestrafung im Falle tatbestandlich sich mit Art. 18 deckender Vergehen zu gründen, strafrechtliche Maßregeln der Sicherung und Besserung, wie § 42 I StGB aber als verfassungswidrig zu bezeichnen ³⁵⁾. Zwar kann denen nicht zugestimmt werden, die die Unterscheidung "präventiv-repressiv" schon deswegen ablehnen, weil das politische

30) So auch das BVerfG, als es in dem - bis vor kurzem einzigen Verwirkungsverfahren - noch andauernde Gefährlichkeit forderte (BVerfGE 11, 282; vgl. dazu auch Dürig in Komm. Anm. 1 FN 1 zu Art. 18). Wie hier weiterhin Lerche, Asylrecht, S. 206, 210; Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung, S. 66 ff; Dürig in Komm. Rdz. 41 zu Art. 18; Kind, Diss., S. 56 mit FN 2; Schmitz, Diss., S. 88; Hönsch, Diss., S. 54.

31) JZ 53, 293; DRiZ 51, 155 FN 6.

32) Vgl. Wilke, Berufsverbot, S. 39.

33) Vgl. S. 80 ff.

34) JZ 53, 293 unten.

35) So aber Reißmüller, Dürig, Gallwas u. a., vgl. S. 10, 23, 24.

Strafrecht wie keine andere strafrechtliche Materie vom Prinzip der Prävention durchsetzt sei ³⁶⁾. Da die Unterscheidung zwischen Strafe und Maßregel allein in der subjektiven Zielsetzung des Gesetzgebers begründet ist und nicht der Sanktion als solcher anhaftet ³⁷⁾, bleiben die auf Grund der politischen Straftatbestände verhängten Sanktionen Strafen, weil sie als solche vom Gesetzgeber intendiert sind. "Der präventive Einschlag liegt vielmehr im vorverlagerten Tatbestand" ³⁸⁾. Ebenso ist ein Trugschluß gegeben, wenn unter Berufung auf Lerche ³⁹⁾ die Berechtigung der Ansicht Reißmüllers und Dürigs ⁴⁰⁾ mit dem Argument angezweifelt wird, die Freiheitsstrafe wirke nicht nur repressiv, weil sie auch in Grundrechte eingreife und den Grundrechtsträger nicht nur in die Grenzen seines Rechts zurückweise ⁴¹⁾. Hier ist festzustellen, daß der Sinn, in dem das Begriffspaar "repressiv-präventiv" im Staatsrecht verwendet wird, nicht mit dem des Strafrechts übereinstimmt. Die Freiheitsstrafe, die staatsrechtlich nicht nur repressiv wirkt, weil sie über eine bloße Verweisung in die Grundrechtschranken hinaus in das Grundrecht des Art. 2 Abs. II S. 2 GG eingreift, trägt trotzdem für das Strafrecht Repressionscharakter, weil sie eine vergangene rechtswidrig-schuldhaftige Tat sühnen soll ⁴²⁾. Da das Pendant zur Repression - die "Prävention" in Straf- und Staatsrecht denselben Sinn einer Abwehr künftiger Gefahr unter Grundrechtseingriffen hat, lassen sich theoretisch die von Reißmüller und Dürig abgeleiteten Folgerungen sehr wohl halten.

Was vielmehr diese Distinktion so bedenklich macht, ist die Leichtigkeit, mit der sie umgangen werden kann ⁴³⁾. Wie schon gesagt, liegt es am Gesetzgeber, ob er eine Sanktion als Strafe oder als Maßregel deklariert. Es wäre für ihn kein Problem, die Sperrwirkung des Art. 18 GG zu unterlaufen, indem er Maßregeln der Sicherung und Besserung - insbesondere das Berufsverbot nach § 42 I StGB -

36) Dieser Meinung sind Čopić, JZ 63, 497 und Haller, Diss., S. 126 ff.

37) Vgl. S. 40.

38) Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung, S. 270 oben.

39) Übermaß, S. 118.

40) die bekanntlich die Unterscheidung von präventiver Verwirkungssanktion und repressiver Strafe zur Grundlage ihrer Sperrtheorien gemacht haben.

41) Gallwas, Mißbrauch, S. 150; Schmitt Glaeser, a. a. O., S. 270.

42) wobei spezial- oder generalpräventive Zwecke damit allgemein für vereinbar gehalten werden, wenn nur die Schranke der "gerechten Strafe" nicht überschritten wird. Vgl. Mayer, Lehrbuch des Strafrechts A. T., S. 26, 170.

43) Ebenso Wilke, Berufsverbot, S. 111; Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung, S. 270; Erichsen, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit I, S. 52.

zur Nebenstrafe ausgestaltet, wobei er allerdings die Konsequenz der Schuldabhängigkeit in Kauf zu nehmen hätte. Wieder muß auf die Maßregel des § 42 m StGB (Entziehung der Fahrerlaubnis) hingewiesen werden, die sich in § 37 StGB in ganz ähnlicher Form als Strafe findet.

Eine Sperrwirkung des Art. 18 GG, die es aber dem Gesetzgeber erlaubt, das gleiche Ziel gleichsam nur durch ein anderes Lippenbekenntnis zu erreichen, ist ohne Wert und kann dem Art. 18 nicht unterlegt werden.

II. Abschnitt

Der Tatbestand des Art. 18 GG

1. Der Mißbrauch von Grundrechten

a) Definition des Mißbrauchs - der Grundrechtsgebrauch

Art. 18 GG spricht davon, daß bei einem Mißbrauch bestimmter Grundrechte zum Kampf gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung diese Rechte verwirkt werden. Diese Verwendung von Begriffen, wie sie aus dem bürgerlichen Recht bekannt sind, legt es nahe, zunächst einschlägige zivilrechtliche Untersuchungen heranzuziehen ⁴⁴⁾, die besonders im Rahmen der §§ 242, 226 BGB ange stellt werden ⁴⁵⁾.

Um die Erklärung des Mißbrauchsbegriffs bemühen sich zwei Theorien. Nach der sogenannten Innentheorie wohnt jedem Recht zugleich die Pflicht inne, es nicht zweck-, sitten- und treuwidrig auszuüben ⁴⁶⁾. Rechtsmißbrauch ist danach eine zweckfremde, funktionswidrige Rechtsausübung, die nur vom Schein, nicht aber vom Inhalt des Rechts gedeckt ist und daher ein Handeln ohne Recht darstellt ⁴⁷⁾. Der Ausschluß des Mißbrauchs vom Rechtsinhalt stellt eine immanente Schranke dar und ergibt sich nicht erst aus einem Gegenrecht. Die Unzulässigkeit der Rechtsausübung ist daher im Prozeß von Amts wegen, nicht erst auf Einrede hin zu be achten ⁴⁸⁾.

Dagegen vertritt die Außentheorie die Anschauung, an die subjektiven Rechte

44) Einwände gegen die Übertragung der zivilrechtlichen Mißbrauchslehre auf die Grundrechte hat bereits Gallwas, Mißbrauch, S. 21 ff, ausgeräumt. Vgl. aber auch Reif, Diss., S. 78 ff.

45) Lehmann-Hübner, Lehrbuch, S. 111; Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch 2. Hb., S. 1439 ff; Larenz, Schuldrecht I, S. 106 f; derselbe, A. T., S. 242; Esser, Schuldrecht I, S. 133; Staudinger-Weber, Komm. § 242, Anm. D 35 ff; Staudinger-Coing, Komm. S. 226; Soergel-Siebert, Komm. Anm. 12 von § 226; Siebert, Verwirkung, S. 83 ff, 97 ff.

46) Lehmann-Hübner, a. a. O., Enneccerus-Nipperdey, a. a. O.; Palandt, Komm. Anm. 1 b zu § 242; Siebert, Verwirkung, S. 85 ff. Siehe auch Klemmer, Diss., S. 15 m. w. N. und Hartmann, Diss., S. 13 ff.

47) Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch 2. Hb., S. 1441. Soergel-Siebert, Komm. Anm. 12 vor § 226; ähnlich Herbert Krüger, DVBl 53, 97; Klemmer, Diss., S. 13; vgl. auch Dieter-Dirk Hartmann, AöR 70, 571.

48) BGHZ 31, 84; 37, 152; Soergel-Siebert, a. a. O.; Staudinger-Coing, Komm. Anm. 9 zu § 226.

würden von außen Schranken herangetragen, die zwar das Recht in seinem Bestand nicht antasteten, aber verböten, von ihm Gebrauch zu machen. Der Rechtsmißbrauch verletzt danach eine andere, neben dem Recht bestehende Norm ⁴⁹⁾.

An dieser Stelle soll noch nicht entschieden werden ⁵⁰⁾, ob auch für den in Art. 18 GG beheimateten Mißbrauchsbegriff die im Zivilrecht herrschende Innentheorie übernommen werden kann, oder ob es hier nicht vielmehr einer eingegarteten Lösung bedarf. Festzuhalten ist aber, daß es für den zivilrechtlichen Mißbrauchsbegriff typisch ist - und insoweit enthält er allgemeinrechtliche Kategorien ⁵¹⁾ - daß eine Diskrepanz zwischen dem Wortlaut des Gesetzes und seinem wirklichen Geltungsbereich besteht.

Wenn wir aber nun den Grundrechtsmißbrauch als nur scheinbar von Rechtsnormen gedeckten Grundrechtsgebrauch definieren, so führt uns das sofort zu der Frage, worin eigentlich der Gebrauch eines Grundrechts besteht ⁵²⁾.

Das Zivilrecht, das mit diesen Fragen schon sehr viel eher konfrontiert wurde, hat den Gebrauch eines Rechts als Verwirklichung seines Inhalts definiert ⁵³⁾. Je nachdem, ob es sich um ein absolutes, relatives oder Gestaltungsrecht handelt, vollzieht sich die Inhaltsverwirklichung in verschiedener Weise: durch Leistungs- oder Gestaltungsklage bzw. durch Abgabe von Willenserklärungen, durch Unterlassungsansprüche usw..

Folgt man nun der herkömmlichen status-Lehre G. Jellineks ⁵⁴⁾, die alle Grund-

49) Vgl. hierzu besonders Staudinger-Weber, Komm., § 242, Anm. D 24, 25 m. w. N.; Reif, Diss., S. 5, 82.

50) Vgl. dazu S. 65 ff.

51) So auch v. Mangoldt-Klein, Komm., Art. 18, Anm. III 2 a; Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung, S. 134; Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 142; Wernicke in BK Anm. II 1 c zu Art. 18 GG.

52) Vgl. die umfangreiche Darstellung dieses Problemkreises bei Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung, S. 81.

53) Soergel-Siebert, Komm., Anm. 2 vor § 226; Lehmann-Hübner, S. 109; Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch 1. Hb., S. 1437.

54) Allgem. Staatslehre, S. 419; System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 87 f, 94; ebenso Maunz-Dürig-Herzog, Komm., Anm. 94, 95 zu Art. 1 III; 25 zu Art. 2 I; v. Mangoldt-Klein, Komm., Vorbem. A II 3 (S. 58); Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung, S. 83 ff; Wilke, Berufsverbot, S. 16 f; Carl Schmitt, Verfassungslehre, S. 163; Dieter-Dirk Hartmann, AöR 70, 572; Wagner, Diss., S. 28; Kind, Diss., S. 16 ff; Hartmann, Diss., S. 84, 87; BVerfGE 7, 198 [204]; 20, 162 [175/176].

rechte bestimmten status zuordnet und teilt man mit ihr und der immer noch als herrschend zu bezeichnenden Meinung die in Art. 18 GG aufgeführten Freiheitsrechte dem status negativus zu, so ergibt sich als Natur dieser liberalen Grundrechte, daß sie subjektive öffentliche Rechte ⁵⁵⁾ auf Unterlassung von rechtswidrigen Eingriffen in die geschützte Sphäre des Staatsbürgers darstellen ⁵⁶⁾. Die klassischen Freiheitsrechte sind demnach Unterlassungsrechte; ihr Geb auch bestünde also in der Ausnutzung der Befugnis, ein Unterlassen zu erzwingen.

Unter der Herrschaft des Grundgesetzes mehren sich jedoch die Bestrebungen, von der bloß negativen Sicht der Freiheitsrechte wegzukommen und diesen einen positiven oder aktiven Gehalt zuzumessen ⁵⁷⁾. Besonders im Bereich des Art. 18 GG haben diese Strömungen Gestalt angenommen, weil man hier schon auf Grund des Verfassungsworts die Notwendigkeit gegeben sah, den Grundrechten einen neuen Sinngehalt zu geben.

-
- 55) Zum Begriff Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch 1. Hbd., S. 437; Lehmann-Hübner, Lehrbuch, S. 82. Das öffentliche Recht hat denselben Sprachgebrauch; vgl. die nur in den Formulierungen davon abweichenden Definitionen bei Bühler, Subjektive Rechte, S. 224; Altes und neues in Jellinek-Festschrift, S. 274; Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 201; Bachof, Vornamcklage, S. 64. Die Bedeutung der Grundrechte als Normen des objektiven Rechts wird dagegen als hier nicht interessierend außer Acht gelassen. Vgl. dazu v. Mangoldt-Klein, Komm., Vorbem. A VI (S. 78), weiterhin Vorbem. B VIII (S. 103); wohl auch B XIV (S. 117); Lerche, Übermaß, S. 239; Maunz-Dürig-Herzog, Komm., Anm. 71 zu Art. 2 Abs. I; Scheuner in VVDStRL 22, 33; Hartmann, Diss., S. 83.
- 56) Die früheren Meinungen von Otto Mayer, Verwaltungsrecht, S. 108; Laband, Reichsstaatsrecht I, S. 151; Giese, Grundrechte, S. 73 ff, die den Grundrechten die Eigenschaften subjektiver Rechte absprachen, interessieren heute nur mehr für die geschichtliche Entwicklung des Grundrechtsverständnisses.
- 57) Vgl. Geiger, Privatrechtsordnung, S. 33; derselbe in Staatslexikon der Görresgesellschaft, Bd. 3, Sp. 1124, 1125 ("Grundrechte"); Gastroph, BayVbl 69, 230; Scholler, Person und Öffentlichkeit, S. 180; Leisner, Grundrechte und Privatrecht, S. 36; Bäuml in Evangelisches Staatslexikon, Sp. 1742 ("Rechtsstaat"); Häberle, Referat der Staatsrechtslehrtagung 1971, JuS 72, 353 (Bericht); Hamel, Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, S. 15, 19; Wertenbruch, DVBl 58, 483; Maunz-Dürig-Herzog, Komm. Anm. 26 mit FN 1 zu Art. 2 I, Anm. 2 b ff zu Art. 2.

Wilke hat nämlich - mit als erster - erkannt ⁵⁸⁾, daß ein Verständnis des Mißbrauchsbegriffs in Art. 18 GG als mißbräuchlicher Ausübung eines Unterlassungsanspruchs die Vorschrift weitgehend sinnlos machen würde. Der Verfassungsfeind werde sich hüten - meint Wilke - seine in den Grundrechten fundierte Rechtsmacht zu entfalten, und sie durch Erklärungen und klageweise Durchsetzung seiner Rechte geltend zu machen, solange ihn Polizei und Gerichte nicht behelligten. Vielmehr entfalte er seine Aktivität gerade möglichst ferne der staatlichen Gewalt. Erst wenn er belangt werde, werde er versuchen, den staatlichen Maßnahmen sein Abwehrrecht entgegenzustellen. Es ist klar, daß Art. 18 GG, auf diese letzten Momente beschränkt, im Rahmen des Verfassungsschutzes zur Bedeutungslosigkeit verurteilt wäre. Wilke ⁵⁹⁾ deutet aus diesem Grund die Freiheitsrechte in Darfrechte um, die den Staat verpflichteten, innerhalb der Freiheitssphäre vorgenommenene Handlungen zu dulden. Jeder Einzelakt innerhalb der Freiheitssphäre sei durch ein Recht auf Duldung gegen den Staat abgesichert. Wie aber schon Bühler ⁶⁰⁾ erkannte, würde man damit jeden nur tatsächlichen Akt zur Rechtshandlung aufwerten und eine unübersehbare Menge von Rechten erzeugen. Schmitt Glaeser ⁶¹⁾ sieht daher die einzige Möglichkeit in einem neuen Durchdenken der Jellinekschen Konzeption. Unter der Herrschaft des GG liege die entscheidende Beziehung des Bürgers zum Staat im Bereich der aktiven Zivität ⁶²⁾. Jedes Grundrecht beinhalte in größerem oder geringerem Maß subjektive Mitwirkungsrechte am Staat. Gerade und vor allem das Grundrecht der freien Meinungsäußerung ⁶³⁾ sei überwiegend ein Recht auf frei gestaltende Teilnahme am politischen Leben ⁶⁴⁾.

Bei Schmitt Glaeser verlagert sich also - geboren aus der vermeintlichen Notwendigkeit einer widerspruchslösen Interpretation des Art. 18 GG - der Akzent gänzlich von der negativen zur aktiven Seite der Freiheitsrechte. Nun ist zwar unter der Herrschaft des GG der aktive bzw. positive Gehalt der Grundrechte möglicherweise gestiegen und insbesondere beim Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 GG wird dies weithin bejaht. Bezweifelt muß aber werden, daß die Negativ-

58) Berufsverbot, S. 19, 20.

59) Berufsverbot, S. 20 ff. Ältere Vorbilder waren Giese, Die Grundrechte, S. 91, 90 f und Bühler, Subjektive öffentliche Rechte, S. 65, 129, 223.

60) a. a. O., S. 147; vgl. auch die Kritik Schmitt Glaesers, Mißbrauch und Verwirkung, S. 89 f.

61) a. a. O., S. 91 ff.

62) a. a. O., S. 98, 102.

63) das nach Schmitt Glaesers Konzeption die Wurzel aller nach Art. 18 GG verwirkbaren Grundrechte bildet, vgl. a. a. O., S. 115.

64) a. a. O., S. 104, 112.

funktion der Freiheitsrechte so sehr in den Hintergrund getreten ist, wie es Schmitt Glaeser annimmt. Nach dem jahrhundertelangen Kampf um die Grundrechte kann man deren primäre und wirksamste Funktion nicht in grenzenlosem Vertrauen auf den Rechtsstaat von Bonn über Bord werfen. Darauf weist auch Dieter-Dirk Hartmann ⁶⁵⁾ sehr plastisch hin: "Grundrechte sind Abwehrrechte. Ihre einzelnen Sätze, oft unter blutigen Opfern erkaufte, ziehen Lehren aus erlittener Geschichte. Sie schützen einzelne, erfahrungsgemäß besonders verletzbare Lebensbereiche gegen Machtansprüche und Ordnungsvorstellungen, die auch freiheitlichen Rechtsstaaten eignen". Auch Art. 18 GG nötigt nicht zum Abgehen vom traditionellen Grundrechtsverständnis. Es ist doch ganz klar, was das GG meint, wenn es vom Mißbrauch der in Art. 18 GG aufgezählten Grundrechte spricht: es will die Ausnutzung der von den liberalen Grundrechten eingeräumten und abgeschirmten Freiheitssphäre des Individuums zu verfassungsfeindlicher Aktivität unterbinden. Die primäre Bedeutung des Katalogs der grundrechtlichen Freiheiten liegt doch nicht darin, daß er Abwehrrechte einräumt, sondern darin, daß er dem Bürger unantastbare Bezirke abgrenzt. Nur dieser Bezirke wegen werden dem Individuum Instrumente in Form subjektiver Rechte zur Abwehr von Eingriffen in die Hand gegeben. Wie oft wird vom Grundrecht der Meinungs-, der Glaubens- und Gewissensfreiheit gesprochen und doch der durch diese Abwehrrechte gesicherte, dahinterstehende und mit dem Grundrecht quasi pars pro toto bezeichnete Freiheitsraum gemeint! Ebenso hat der Verfassungsgeber in Art. 18 GG terminologisch Abwehrrecht und Rechtsraum nicht getrennt ⁶⁶⁾. Er denkt also in erster Linie an verfassungsaggressive Tätigkeit hinter der Schutzmauer des Grundrechts, erst zuletzt an den Mißbrauch des Abwehrrechts selbst. Nur eine allzu wörtliche Auslegung der grundgesetzlichen Verwirkungsnorm führt in die oben ⁶⁷⁾ geschilderte Sackgasse, wobei man dem GG zu Unrecht eine so präzise

65) AöR 70, 572. Ebenso Hesse, Grundzüge, S. 120; Martens, JuS 72, 553; siehe auch Schnur, VVDStRL 22, 101, 110 und Haller, Diss., S. 72, 81, die auch für das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 GG die Vorrangigkeit der durch dieses eingeräumten Abwehrbefugnisses akzentuieren. Nach wie vor hält auch die überwiegende Meinung am Charakter der Freiheitsrechte als Unterlassungsrechte fest; vgl. außer den in FN 54 genannten noch BVerfGE 7, 198 [204]; 7, 230 [238]; 11, 234 [238]; Forsthooff, VVDStRL 12, 18; Wehrhahn, AöR 82, 252.

66) Schon Kind, Diss., S. 38 FN 1 gab einen in diese Richtung weisenden Fingerzeig, der zu Unrecht nicht beachtet wurde.

67) S. 57.

Ausdrucksweise zumißt wie etwa dem BGB ⁶⁸⁾. Die Grundgesetzinterpretation der fünfziger Jahre sah hier kein Problem; für sie war die dargelegte Auffassung des Art. 18 GG - unbewußt - selbstverständlich ⁶⁹⁾.

b) Enger oder weiter Mißbrauchsbegriff?

Bis vor kurzem bestand allgemeine Einigkeit über die Frage, was unter dem Mißbrauch von Grundrechten im Sinn von Art. 18 GG zu verstehen sei. Die h.M. war der Ansicht, auf Grund des wehrhaften Charakters des GG entspreche nur eine extensive Auslegung dem Sinn der Verwirkungsnorm. Jeder Gebrauch eines Grundrechts zur Erreichung des in Art. 18 umschriebenen Kampfziels, nämlich der Bekämpfung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung, verkehre den Sinn der Grundrechte in ihr Gegenteil ⁷⁰⁾ und sei Mißbrauch. Wernicke ⁷¹⁾ mißbilligt daher die Verwendung des Mißbrauchsbegriffs als Tatbestandsmerkmal in Art. 18 GG, weil hier der Tatbestand und seine Wertung vermengt würden ⁷²⁾. Art. 18 GG sei vielmehr zu lesen, als hieße er: "Wer die Freiheit der Meinungsäußerung... zum Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung gebraucht, mißbraucht diese Grundrechte und verwirkt sie ...".

-
- 68) Zur untechnischen Sprache des GG siehe Kaufmann, VVDStRL 9, 12; Čopić, Politisches Strafrecht, S. 38; Hans Huber, Verfassungsbeschwerde, S. 17, 19. Auch Kessler, Diss., S. 48 FN 1 ist der Ansicht, beim GG sei - wie vielfach namentlich in der Nachkriegsgesetzgebung - zu wenig auf eine gewisse Korrektheit der Ausdrucksweise geachtet worden.
- 69) Soweit im folgenden von Grundrechtsgebrauch und Grundrechtsmißbrauch gesprochen wird, ist die oben dargelegte Anschauung, die darunter auch die Bestätigung im eingeräumten Freiheitsbezirk begreift, vorausgesetzt.
- 70) Dürig, Komm. Rdz. 36 zu Art. 18, derselbe, JZ 52, 516; Klein in Komm., Anm. III 4 c zu Art. 18 (S. 534); Geiger, BVerfGG, Anm. 6 vor § 36; Lechner, BVerfGG, § 13, Ziff. 1, Anm. 3; Hesse, Grundzüge, S. 276; Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 141 f; Wilke, Berufsverbot, S. 26; Dieter-Dirk Harmann, AöR 70, 573; Krüger, DVBl 53, 98 FN 24; Lerche, Übermaß, S. 117, FN 73 (durch Verweis auf Krüger und Klein). Hamann-Lenz, Komm. Art. 18, Anm. 4; Klemmer, Diss., S. 12 ff; Schmitz, Diss., S. 37, 77; Hartmann, Diss., S. 119; Heeb, Diss., S. 175; Füchtenbusch, Diss., S. 58.
- 71) BK, Anm. II 1 c (S. 4) zu Art. 18 GG.
- 72) Wilke, Berufsverbot, S. 26 f hält auch vom Standpunkt der herrschenden Lehre aus die Formulierung des Art. 18 GG für sinnvoll.

Eine erste Gegenstimme, von Weber ⁷³⁾, wollte den Mißbrauchsbegriff im Gegensatz zur herrschenden Meinung nicht "final, sondern instrumental" verstehen ⁷⁴⁾ und ihn mit eigenem Gehalt erfüllen, verhallte aber weithin ungehört.

Neuerdings hat Schmitt Glaeser den Gedanken wieder aufgegriffen und ihn zum Kernstück seiner großangelegten Arbeit über "Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten im politischen Meinungskampf" ausgebaut ⁷⁵⁾.

Die Verwendung des Mißbrauchsbegriffs in Art. 18 lege schon die Vermutung nahe, daß das GG damit mehr fordere als einen bloßen Grundrechtsgebrauch, um die Rechtsfolge "Verwirkung" auszulösen ⁷⁶⁾. Es sei aber ein Irrtum zu glauben, durch ein Mehr an Anforderungen an den Mißbrauchsbegriff (wie sie er, Schmitt Glaeser, stellt) sei der bloße Grundrechtsgebrauch zum Kampf gegen die freiheitlich-demokratische schon erlaubt. Es sei sehr wohl denkbar, daß der Verfassungsgeber nur qualifizierten Handlungen die Verwirkungsfolge zudachte, ohne schwächere Kampfmaßnahmen deswegen schon von anderen Sanktionen freizustellen.

Die qualifizierenden Momente, die einen verfassungsaggressiven Grundrechtsgebrauch erst zum Mißbrauch im Sinn des Art. 18 GG werden lassen, erblickt er in zwei Merkmalen, nämlich in Gewaltlosigkeit und scheindemokratischem Gebaren ⁷⁷⁾.

Das erste Kriterium gewinnt Schmitt Glaeser aus einem Vergleich der Art. 18, 143 a. F. GG mit den strafrechtlichen Hoch- und Landesverratstatbeständen. Da der Verfassungsgeber in Art. 143 a. F. GG von einem überschneidungsfreien Nebeneinander von verfassungsrechtlichem Staatsschutz und "klassischem" politischem Strafrecht (in Form von Hoch- und Landesverratstatbeständen) ausgegangen sei, stehe fest, daß die in Art. 18 umschriebene Handlung gewaltlos sei ⁷⁸⁾, weil nur auf diesem Weg eine Exklusivität der verschiedenen Normbereiche erzielt werden könne.

Das zweite Merkmal des scheindemokratischen Gebarens findet Schmitt Glaeser durch eine historisch-soziologische Untersuchung der Tätigkeit verfassungsfeindlicher Gruppierungen im Nachkriegsdeutschland. Da man nicht von einem negativen Dissens zwischen Wirklichkeit und Norm ausgehen könne, gewinne das Ergebnis normative Bedeutung ⁷⁹⁾.

73) Verhandlungen des 38. Dt. Juristentags, E 1 ff.

74) a. a. O., S. 15.

75) Ihm folgt jetzt Reif, Diss., S. 96 FN 10.

76) a. a. O., S. 79.

77) a. a. O., S. 138.

78) a. a. O., S. 143, 144.

79) a. a. O., S. 143.

Schmitt Glaesers Thesen würden nur dann Anlaß geben, vom weiten Mißbrauchsbegriff der herrschenden Meinung abzugehen, wenn sie in allem überzeugen könnten. Das ist aber nicht der Fall.

Es ist nur dann notwendig, das Merkmal der Gewaltlosigkeit aus Gründen einer reibungsfreien Interpretation der Art. 18 und 143 a. F. GG in den ersteren einzufügen, wenn man wie Schmitt Glaeser von einer Sperrwirkung des Tatbestands der grundgesetzlichen Verwirkungsnorm ausgeht. Teilt man diese Ansicht nicht - hier wurde sie abgelehnt - so überzeugt seine Argumentation keineswegs. Das Prinzip der Gewaltlosigkeit wäre dann ebenfalls wie das des scheindemokratischen Gebarens auf Grund der These von der normativen Bedeutung des Typischen zur Vermeidung eines negativen Dissenses von Wirklichkeit und Norm zu gewinnen. Gegen dieses Verfahren hat aber schon Gallwas⁸⁰⁾ die schärfsten Einwände erhoben und das zu Recht. Es ist methodisch nicht haltbar, den Anwendungsbereich eines Tatbestands durch Untersuchung seiner hauptsächlichen Anwendungsfälle auf diese einzuengen. Der richtige Weg wäre doch, zunächst vom Wortlaut auszugehen und danach zu fragen, welche Bereiche er umfaßt. Dem Text des Art. 18 GG ist jedoch eine Beschränkung auf Gewaltlosigkeit und scheindemokratisches Gebaren nicht zu entnehmen⁸¹⁾.

Schmitt Glaeser kann auch nicht zugestimmt werden, wenn er Gewaltlosigkeit und scheindemokratisches Gebaren für die schlechthin charakteristischen Kennzeichen des modernen Verfassungsfeindes hält⁸²⁾. Es ist Schmitt Glaeser zuzu-

80) DöV 70, 71 (Rezension von Schmitt Glaesers oben zitiertem Werk).

81) Man darf auch nicht in den Trugschluß verfallen, ein Grundrechtsmißbrauch könne nur gewaltlos (in dem von Schmitt Glaeser vorausgesetzten Sinn) erfolgen. Auch mit gewaltsamen verfassungsaggressiven Akten dürfte ein Mißbrauch der Meinungsäußerungsfreiheit (Aufrufe!) der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit, des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses und des Eigentums in der Regel Hand in Hand gehen. Eine andere Frage ist, inwieweit die Aberkennung von Grundrechten ein geeignetes Mittel zur Bekämpfung gewaltsamer verfassungstürzender Akte darstellt. Zumindest deren Vorbereitung dürfte durch eine Verwirkung bestimmter Grundrechte erschwert werden.

82) Ablehnend auch Gallwas, DöV 70, 71; Roellecke in Der Staat, 8. Bd. 1969, S. 536. Evers, Evangelisches Staatslexikon, Sp. 2366, Stichwort "Verfassungsschutz" spricht vorsichtiger als Schmitt Glaeser nur von einer "Bevorzugung der gewaltlosen Verfassungsfeindschaft; ebenso Hesse, Grundzüge, S. 270; BGHZ 7, 222 [226].

geben, daß ein großer Teil der modernen Verfassungsfeinde gewaltlos agiert ⁸³⁾. Ein mindestens gleich großer verzichtet aber nur gezwungenermaßen und unter dem Druck des Verfassungsschutzes darauf, seine Anschauungen und Ziele gewaltsam durchzusetzen. Schmitt Glaeser muß selbst zwangsläufig so viele Ausnahmen von seinem Prinzip zulassen (gelegentliche Gewaltanwendung schadet nichts, Gewaltlosigkeit nur im Vorbereitungsstadium notwendig u. a.), daß das ganze Merkmal zerfließt. Es fragt sich, ob hier wirklich Gewaltlosigkeit der richtige Begriff ist; für diese Art von Verfassungsfeinden dürfte gerade entgegengesetzt die latente Bereitschaft zur Gewalt kennzeichnend sein.

Schließlich zeigt in jüngster Zeit das Auftreten von sogenannten "Stadtguerillas", "Tupamaros" und - im Bereich unseres GG - der "RAF" (Rote-Armee-Fraktion), gewöhnlich unter dem Namen "Baader-Meinhof-Gruppe" bekannt, daß der Verfassungsfeind neuester Art wieder auf das Mittel der Gewalt zurückgreift ⁸⁴⁾ - ein von Schmitt Glaeser nicht vorhergesehenes Phänomen, das aber möglicherweise in der Zukunft noch häufiger auftreten wird. Zugleich beweist es, zu welch trügerischen Ergebnissen eine soziologische Untersuchung kommt, die sich nur auf fünfundzwanzig Jahre Nachkriegsgeschichte stützen kann.

Nicht weniger zweifelhaft erscheint das Merkmal des "scheindemokratischen Gebarens". So hat sich die NSDAP an Wahlen beteiligt und letzten Endes über den Reichstag die Macht errungen. Hat sie sich damit im Sinn Schmitt Glaesers scheindemokratisch gebärdet oder ist sie nicht nur notgedrungen nach den Erfahrungen des gescheiterten Putsches von 1923 diesen Weg gegangen? Bestimmt sich aber das Kriterium nach dem von den Verfassungsfeinden verkündeten Gedanken- gut, so finden sich hier ohne großes Suchen zur Zeit der Weimarer Republik Äußerungen, die man beim besten Willen nicht mehr als "scheindemokratisch"

83) Zu denselben Konzessionen ist Haller, Diss., S. 128 gezwungen, der wie Schmitt Glaeser die modernen Formen der Revolution in der gewaltfreien, quasilegalen Unterwühlung und Aushöhlung der bestehenden Verfassungsordnung sieht. Vgl. auch Heeb, Diss., S. 2, 70.

84) Zugleich bieten diese Gruppierungen einen schlagenden Beweis für die oft bestrittene Tatsache, daß auch das nicht parteigebundene Individuum verfassungsfeindliche Aktivitäten bedeutenderen Ausmaßes entfalten kann (ohne daß hier behauptet werden soll, die RAF habe wirklich den Bonner Staat ernsthaft gefährdet oder dies je können).

einstufen kann ⁸⁵⁾ und die sich nicht nur gegen das "System" von Weimar oder den Parlamentarismus, sondern gegen jede Form der Demokratie im eigentlichen Sinn des Wortes wenden ⁸⁶⁾. Freilich will Schmitt Glaeser "scheindemokratisches Gebaren" auf die Ablehnung der bestehenden demokratischen Ordnung zugunsten einer angeblichen neuen nebulösen Demokratie reduzieren ⁸⁷⁾ und auch bei den Nationalsozialisten finden sich Passagen, wo die Herbeiführung der "wahrhaftigen germanischen Demokratie", die in der "freien Wahl des Führers mit dessen Verpflichtung zur vollen Übernahme aller Verantwortung für sein Tun und Lassen" bestehe, zum Programm erhoben wird ⁸⁸⁾, doch spiegelt dies nur das Bestreben jedes totalitären Systems wieder, seiner Herrschaft das Mäntelchen des

-
- 85) Vgl. als besonders drastisches Beispiel den Artikel "Idl" von Goebbels in: Der Angriff v. 28. 5. 1928 (zitiert bei Karl Dietrich Bracher, Die Auflösung der Weimarer Republik, S. 375, Anm. 39): "Ich bin kein Mitglied des Reichstags. Ich bin ein Idl. Ein IdF. Ein Inhaber der Immunität, ein Inhaber der Freifahrkarte... Wir sind gegen den Reichstag gewählt worden und wir werden auch unser Mandat im Sinne unserer Auftraggeber ausüben... Ein Idl hat freien Eintritt zum Reichstag, ohne Vergnügungssteuer zahlen zu müssen. Er kann, wenn Herr Stresemann von Genf erzählt, unsachgemäße Zwischenfragen stellen, zum Beispiel, ob es den Tatsachen entspricht, daß besagter Stresemann Freimaurer und mit einer Jüdin verheiratet ist. - Er beschimpft das "System" und empfängt dafür den Dank der Republik in Gestalt von siebenhundertfünfzig Mark Monatsgehalt - für treue Dienste...".
- 86) Siehe Hitlers Worte vom Parlamentarismus als einer "Spottgeburt aus Dreck und Feuer", "... zu den Verfallerscheinungen der Menschheit zu rechnen ...", von der Demokratie "als Vorläuferin des Marxismus...". "Sie gibt dieser Weltpest erst die Nahrung". (Mein Kampf, S. 85 f). Weiterhin sehr deutlich Goebbels: "Was wollen wir im Reichstag?" in Der Angriff vom 30. 4. 1928 (nach Bracher, a. a. O., S. 375, Anm. 40). "... wir gehen in den Reichstag hinein, um uns im Waffenarsenal der Demokratie mit deren eigenen Waffen zu versorgen. Wir werden Reichstagsabgeordnete, um die Weimarer Gesinnung mit ihrer eigenen Unterstützung lahmzulegen. Wenn die Demokratie so dumm ist, uns für diesen Bären dienst Freifahrkarten und Diäten zu geben, so ist das ihre Sache... Auch Mussolini ging ins Parlament. Trotzdem marschierte er nicht lange darauf mit seinen Schwarzhemden nach Rom... Man soll nicht glauben, der Parlamentarismus sei unser Damaskus... Wir kommen als Feinde! Wie der Wolf in die Schafherde einbricht, so kommen wir. Jetzt seid ihr nicht mehr unter euch...".
- 87) a. a. O., S. 140.
- 88) Hitler, Mein Kampf, S. 99.

Volkswillens umzuhängen. Wollte Schmitt Glaeser dies als pseudodemokratisches Auftreten bezeichnen, so würde das Merkmal auf jeden Verfassungsfeind zutreffen und die erstrebte Verengung des Mißbrauchsbegriffs wiederum nicht eintreten. Wenn er aber vom bloß formalen Gebrauch des Wortes "Demokratie" zu einer Einbeziehung des Sinngehalts im Rahmen der Formel "scheindemokratisches Gebaren" durchstoßen will, so ist nicht daran zu rütteln, daß etwa die NSDAP nicht unter den angeblich soziologischen Verfassungsfeind neuer Art fiele, ein nicht tragbares Ergebnis.

Auch wo Schmitt Glaeser eine teleologische Begründung für seine These zu geben sucht, Art. 18 GG betreffe nur den "Totalitären im Demokratenpelz" ⁸⁹⁾, überzeugt er nicht. Seine Behauptung, die Vorschrift finde auf den offenen Grundrechtsmißbrauch keine Anwendung, weil hier dem Mißbraucher auch der Schein eines Grundrechts nicht zur Seite stehe ⁹⁰⁾, erscheint kühn angesichts der Tatsache, daß es außerordentlich umstritten ist, ob das Grundrecht im Augenblick des Mißbrauchs des geschützten Freiheitsraums von selbst zurücktritt ⁹¹⁾ und auch wenn man das bejahen wollte, wird kaum je eine solche Einhelligkeit über den Grundrechtsmißbrauch bestehen, daß auch der Schein des Grundrechtsschutzes für jedermann beseitigt würde. Hierzu bedarf es vielmehr des Spruchs des BVerfG und das ist eine seiner Hauptaufgaben.

Insgesamt muß Schmitt Glaeser zugestanden werden, daß er eine Tendenz der modernen Verfassungsagitation zu versteckter Wühlarbeit richtig festgestellt hat. Sein Fehler ist, diese Erkenntnis zu verabsolutieren und zum Tatbestandsmerkmal zu erheben, dessen Konturierung ihm noch dazu nicht glückt ⁹²⁾. Aus der Tatsache, daß er seine Thesen fast ausschließlich mit Beispielen aus der Geschichte der Bundesrepublik belegt, während an Hand von Dokumenten der Weimarer Zeitgeschichte unschwer das Gegenteil nachgewiesen werden kann, ist der Schluß zu ziehen, daß Schmitt Glaeser den sich an die spezifische Verfassungsordnung der BRD anpassenden Verfassungsfeind, der zu äußerlichem Wohlverhalten durch das Damoklesschwert der Art. 9, 18 und 21 GG gezwungen wird, mit dem angeblichen soziologischen Typus des modernen Verfassungsfeindes verwechselt. Gerade umgekehrt hat das GG den "Totalitären im Demokratenpelz"

89) a. a. O., S. 136.

90) a. a. O., S. 146, 157.

91) Siehe S. 88. Zudem muß Schmitt Glaeser, S. 158, konstatieren, daß zumindest Art. 14 GG nur offen mißbrauchbar ist (was ihn aber nur veranlaßt, diesen Artikel aus dem Kreis der mißbrauchbaren Grundrechte zu eliminieren).

92) Vgl. seine Darlegungen, a. a. O., S. 152, wo sich die Abgrenzungskriterien wieder vollkommen verwischen.

in der von Schmitt Glaeser gesehenen Ausschließlichkeit erst erzeugt. Folglich konnten die Väter des GG diesen Typus nicht in erster Linie vor Augen haben, als sie der Verfassung die Verwirkungsbestimmung des Art. 18 GG einfügten; eine restriktive Auslegung des Mißbrauchsbegriffs ist abzulehnen.

c) Grundrechtslosigkeit von Mißbrauchshandlungen vor Verwirkungsausspruch?

Die Frage nach der rechtlichen Qualifikation von Grundrechtsmißbrauchshandlungen vor Verwirkungsausspruch macht es notwendig, an dieser Stelle die oben ⁹³⁾ einstweilen zurückgestellte Untersuchung der Rechtsnatur des Grundrechtsmißbrauchs vorzunehmen. Die wohl herrschende Meinung nimmt eine - einigen oder allen - Grundrechten in dem Sinn immanente Schranke ⁹⁴⁾ an, daß eine mißbräuchliche Ausübung des Rechts nicht mehr von diesem Gesetz gedeckt wird ⁹⁵⁾. Da sich der Mißbraucher nicht auf das Grundrecht berufen könne, greife auch die Abwehr von Mißbräuchen durch den Staat nicht in das Grundrecht des Betroffenen ein. Die Mißbrauchsabwehr habe vielmehr nur verdeutlichenden Charakter und weise den Betroffenen nur in die Schranken seines Rechts

93) S. 55.

94) Vgl. aus der fast unübersehbaren Rechtsprechung und Literatur zu den Immanenztheorien nur BVerwGE 1, 48 [52] ("keine Inanspruchnahme von Grundrechten, wenn dadurch die für den Bestand der Gemeinschaft notwendigen Rechtsgüter gefährdet werden"); v. Mangoldt-Klein, Komm. Vorbem. B XV 3 a vor Art. 1 und Anm. IV zu Art. 2 c ("Gemeinschaftsvorbehalt"); Maunz-Dürig-Herzog, Komm. Rdz. 6 ff zu Art. 2; Knies, Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem, S. 92 f; Scholler, Person und Öffentlichkeit, S. 359 ff; Gallwas, Mißbrauch, S. 103; Čopić, Politisches Strafrecht, S. 20 f; Lerche, Übermaß, S. 104, 281 ff; Krüger, NJW 55, 201; Haller, Diss., S. 39 m. w. N.; Reif, Diss., S. 18 ff, bes. S. 53 ff; Ridder und Stein, DöV 62, 365 ff.

95) Problem des allgemeinen Mißbrauchsvorbehalts der Grundrechte. Ablehnend Klein in Komm., Bem. III 4 c zu Art. 18 (S. 535); Geiger, BVerfGG vor § 36 (S. 135); Krüger, DVBl 53, 98; Beyer, NJW 54, 713, Bejahend Hartmann, Diss., S. 96 ff, 120; Hönsch, Diss., S. 27; Schmitz, Diss., S. 81; Haller, Diss., S. 42, 45; Klemmer, Diss., S. 40; Kind, Diss., S. 38; Kessler, Diss., S. 41; Wernicke in BK, Anm. II 1 c zu Art. 18; Lechner, BVerfGG, Anm. 1 zu § 13, Ziff. 1; Erichsen, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit I, S. 46 und besonders nachdrücklich Gallwas, Mißbrauch, S. 19 ff, 102, 103, 116. Zum hier einschlagenden Problem der Polizeifestigkeit der Grundrechte vgl. Dürig, AöR 79, 57; Maunz-Dürig-Herzog, Komm., Rdz. 79 ff zu Art. 2 I GG; Gallwas, Mißbrauch, S. 105 ff.

zurück ⁹⁶⁾.

Diese Anschauung bedeutet nichts anderes als eine Übertragung der zivilrechtlichen Innentheorie auf den Grundrechtsmißbrauch mit der Folge, daß dieser zumindest als rechtlos qualifiziert wird. Das Urteil des BVerfG vom 26. 5. 1970 ⁹⁷⁾, das nur kollidierende Grundrechte Dritter und andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtswerte ausnahmsweise für fähig erklärt, auch uneinschränkbare Grundrechte in einzelnen Beziehungen zu begrenzen ⁹⁸⁾, würde - wiewohl man es als Ablehnung allzu weit gehender Immanenzlehren etwa Dürigscher Provenienz auffassen mag - nicht dagegen sprechen, da die freiheitlich-demokratische Grundordnung ein von der Verfassung hoch eingestuftes Rechtsgut darstellt und daher sehr wohl bei einer Güterabwägung die Einzelgrundrechte begrenzen könnte.

Nun lehnt es aber Čopić ⁹⁹⁾ unter Berufung auf das Urteil des BVerfG zum Parteienprivileg ¹⁰⁰⁾ ab, irgendwelche ungeschriebene Begrenzungen vorbehaltlos gewährter Grundrechte und insbesondere eine aus Art. 18 GG oder einer sonstigen Verfassungsnorm abgeleitete Mißbrauchsschranke anzuerkennen. Das BVerfG habe parteikonnexes verfassungsfeindliches Tun für rechtmäßig erklärt; nichts anderes könne für die Verfassungsaggression des Einzelgängers vor Fällung des Verwirkungsverdikts gelten. Bis zum Aberkennungsausspruch des BVerfG stehe dem individuellen Verfassungsfeind das mißbrauchte Grundrecht voll zur Seite, sein Tun sei rechtmäßig. Čopić kann jedoch nicht erklären, weshalb ein Verhalten, das grundrechtlich geschützt ist, zu einer Sanktion wie dem Verwirkungsausspruch führen soll. Auch verwirft er die immanenten Schranken nur scheinbar, indem er sie durch eine restriktive Grundrechtsauslegung ersetzt. Dürigs ¹⁰¹⁾ Beispielen für die Notwendigkeit immanenter Grundrechtsschranken, Art. 4 Abs. II GG ge-

96) BVerfGE 7, 257 [261]; 12, 87 [96]; Quaritsch, DVBl 59, 457; Lerche, Übermaß, S. 118 m. w. N..

97) BVerfGE 28, 243 [261]. Siehe auch BVerfGE 30, 173 [192/193] (Mephisto) und BVerfG NJW 72, 327 [329].

98) Zu dem hier aufscheinenden Problem der Güter- und Interessenabwägung zahlreiche Nachweise bei Reif, Diss., S. 29 f.

99) Politisches Strafrecht, S. 21 ff, bes. S. 22, 28 f, 31 f, 38, 98; auch schon in JZ 63, 494. Ablehnend gegenüber immanenten Schranken zumindest für das Grundrecht aus Art. 5 III auch Ridder und Stein, DöV 62, 365; insofern unrichtig Reif, Diss., S. 52 mit FN 9, wenn er meint, in der heutigen Staatsrechtswissenschaft werde der Schluß einer schrankenlosen Gewährleistung ohne ausdrücklichen Vorbehalt normierter Grundrechte nicht gezogen.

100) BVerfGE 12, 296; siehe dazu schon S. 17.

101) Komm., Rdz. 72 ff zu Art. 2 I.

währleiste sonst das Recht, eine Sekte mit Nacktkultur aus Glaubensüberzeugung zu gründen und auf Art. 6 Abs. 1 GG könne sich andernfalls auch der Polygamist berufen, vermag Čopić bloß die Sätze entgegenzustellen, es könne hier von Religionsausübung keine Rede sein und der Begriff der Ehe umfasse schon seiner Herkunft nach nur die monogame Lebensgemeinschaft¹⁰²⁾. Außerdem tröstet der Hinweis¹⁰³⁾ wenig, es handele sich um ganz atypische Fälle, wenn ein solcher auftritt. Gerade für diese atypischen Sachlagen haben die Vertreter der Immanenzlehren die Notwendigkeit ungeschriebener Grundrechtsschranken erkannt. Im übrigen würde es eine Verkenntung der Wertgebundenheit¹⁰⁴⁾ unseres GG bedeuten, wollte man annehmen, Art. 18 erschöpfe sich darin, rein mechanisch auf die Mißbrauchshandlung die Verwirkungsfolge zu setzen, ohne wertend Stellung zu nehmen. Die Norm befiehlt vielmehr, sich verfassungstreu zu verhalten und verfassungsfeindliche Aktionen zu unterlassen. Hinter dieser Funktion als Bestimmungsnorm steht aber auch eine Bewertung¹⁰⁵⁾; das GG befiehlt die eine Verhaltensweise, weil es sie für gut und verbietet die andere, weil es sie für sozialschädlich und schlecht erkannt hat. Wer aber derartigen rechtlichen Geboten zuwiderhandelt, verstößt gegen die Rechtsordnung. Ihm kann infolgedessen kein Grundrecht zur Seite stehen; mehr noch, er handelt rechtswidrig¹⁰⁶⁾.

Die Grundrechte decken also ihren eigenen Mißbrauch nicht. Damit ist aber noch nicht die Frage beantwortet, ob den Grundrechten eine Mißbrauchsschranke immanent innewohnt oder ob diese von außen an sie herangetragen wird. Freilich legt schon die Heranziehung des Art. 18 GG als Gegenorm das letztere nahe. Nun hat aber auch Lerche dargelegt, der Mißbrauchsvorbehalt könne nur

102) a. a. O., S. 35/36. Ähnliches gilt für die weiteren Beispiele Čopićs.

103) a. a. O., S. 35.

104) Hierzu BVerfGE 2, 12; 12, 51.

105) Zu der Relation von Bestimmung und Bewertung ausführlich Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 22, 27 f; Maurach, Lehrbuch des Strafrechts A. T., S. 290; Jescheck, Strafrecht A. T., S. 161; Bockelmann, Einführung in das Recht, S. 23 ff; Mezger-Blei, Strafrecht I, S. 99; Baumann, Strafrecht A. T., S. 247.

106) Für Rechtswidrigkeit des Grundrechtsmißbrauchs zum Kampf gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung plädieren angesichts der präzisierten Gegenorm des Art. 18 GG auch Wilke, Berufsverbot, S. 53; Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung, S. 132; Lerche, Asylrecht, S. 207; Reif, Diss., S. 85 f, 96; Hartmann, Diss., S. 1, 26; Haller, Diss., S. 44 mit FN 24. Demgegenüber betrachtet das Zivilrecht den Rechtsmißbrauch nur als "rechtloses Handeln", vgl. Soergel-Siebert, BGB, § 226, Vorbem. 12.

in Form ungeschriebener, den Grundrechten beigesellter Annexe ¹⁰⁷⁾ gedacht werden. Lerche hat nämlich erkannt, daß den mißbrauchsabwehrenden Normen eine gemischte Struktur zu eigen ist. Die herrschende Meinung geht davon aus, der Mißbraucher werde durch staatliche Sanktionen nur in die Schranken seines Rechts zurückgewiesen ¹⁰⁸⁾. Lerche weist nach, daß diese These auf einem Irrtum beruht ¹⁰⁹⁾. An Hand der Beispiele des störenden Eigentums und der Strafgesetze ¹¹⁰⁾ zeigt er, daß die Anschauung von der prägenden Natur der Mißbrauchsabwehr das "Recht", dessen Grenzen überschritten wurden, mit dem vermengt, in dessen Bezirk zum Zwecke der Zurückdrängung eingegriffen wurde ¹¹¹⁾. In aller Regel ist eine derartige Schrankenverweisung neben der Verdeutlichung auch mit Grundrechtseingriffen verbunden. Nun bestünde freilich - wie Lerche darlegt ¹¹²⁾ - die Möglichkeit, die Mißbrauchsabwehr in ihre Elemente zu zerlegen, die Verdeutlichung von Grundrechtsgrenzen als Nachziehung von innen her gegebener Schranken zu behandeln und nur die Eingriffsfunktion der Mißbrauchsabwehr den ungeschriebenen Annexen zuzuweisen. Dies würde aber eine Verkennung der Sondernatur der Mißbrauchsabwehr bedeuten, die Verdeutlichung wie Eingriff als untrennbare Einheit umfaßt. Das Problem der Entschädigungslosigkeit von Eingriffen in das störende Eigentum zum Zwecke der Mißbrauchsabwehr kann nur auf diese Weise - durch Anerkennung einer von Verdeutlichung

107) Übermaß, S. 122; Asylrecht, S. 206, 207. Die Annahme einzelner Ermächtigungen an Stelle einer einheitlichen Generalnorm bietet den Vorteil eines abstufbaren Systems, in das auch einzelne geschriebene Vorbehalte miteinbezogen werden können, etwa Art. 6 III oder 9 II GG.

108) Vgl. die Nachweise S. 66.

109) Übermaß, S. 120.

110) Für diese kommt Stree, Deliktsfolgen und Grundgesetz, S. 3, 86 f, 229 zu einem ähnlichen Ergebnis wie Lerche. Nur soweit der Täter gehindert wurde, den Strafgesetzen zuwiderzuhandeln, liege eine Verdeutlichung vorgegebener Grundrechtsgrenzen vor. Werde der Täter aber strafrechtlich zur Verantwortung gezogen, so werde in seine Rechte eingegriffen. Wie Lerche und Stree auch Schnur, VVDStRL 22, 136 f; auch Dürig, Komm. Rdz. 77 zu Art. 2 Abs. 1 für die Strafgesetze, während er für die polizeiliche Störungsabwehr auf dem Verdeutlichungsdogma beharrt (a. a. O., Rdz. 79 ff).

111) So wird nach Lerche (a. a. O., S. 120) der Schwarzbauer durch die Abbruchverfügung in die Schranken seines dem Eigentum entspringenden Rechts, zu bauen, unter Beeinträchtigung seines einen Ausfluß des nämlichen Grundrechts bildenden Besitzrechts am Gebäude zurückgewiesen.

112) Übermaß, S. 122.

und Eingriff abgesetzten selbständigen Kategorie mißbrauchsabwehrender Ermächtigungen - gelöst werden.

Existieren nun aber ungeschriebene, - aus Art. 18 GG zu rechtfertigende Annexe, die zur Abwehr von mißbräuchlicher Verwendung der Grundrechte zum Kampf gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung ermächtigen und können hierauf auch echte Grundrechtseingriffe gestützt werden, so ergibt sich, daß zumindest für die eingreifende Funktion der Mißbrauchsabwehr eine Abstützung durch "immanente Schranken" ausscheidet. Nichts anderes kann aber gelten, soweit die Grundrechtsverdeutlichung der Mißbrauchsabwehr in Frage steht. Die ungeschriebenen Ermächtigungen ziehen selbst konstitutiv - also von außen her - den Grundrechten eine Schranke, von welcher ab rechtmäßiger Gebrauch in Mißbrauch umschlägt. Was hätte es für einen Sinn, diese Annexe in einen konstitutiven Teil - soweit er zu Eingriffen ermächtigt - und in einen deklaratorischen Teil - Nachziehung von bereits immanent gegebenen Grundrechtsschranken - aufzuspalten? Die Annexe ermächtigen selbst zu Eingriffen; sie ziehen dem Grundrechtsgebrauch auch von außen die Grenze, ab welcher der Mißbrauch beginnt. Der Rechtsmißbrauch im Bereich des Verfassungsrechts kann allein im Sinn der zivilrechtlichen Außentheorie als Überschreitung der dem Grundrecht von außen durch Gegenorm gezogener Schranken erklärt werden.

2. Der Kampf gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung

Im Begriff des "Kampfs" in Art. 18 GG ist die Notwendigkeit einer verfassungsaggressiven Tätigkeit festgelegt ¹¹³). Hierunter fällt jede Handlung, die auf Beeinträchtigung oder Beseitigung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung hinausläuft ¹¹⁴). Art. 18 GG entspricht insoweit seinen Parallelfällen, den Art. 9 Abs. II und 21 Abs. II GG, die die kämpferische Haltung noch deutlicher umschreiben ¹¹⁵).

Bloßes Unterlassen genügt nur, wenn ausnahmsweise eine verfassungsrechtliche Verpflichtung zum Tätigwerden bestand ¹¹⁶). Die verfassungsfeindliche Tendenz offenbart sich besonders im Wiederholungsfall und in einer besonderen

113) Geiger in Staatslexikon der Görresgesellschaft, Bd. 8, Sp. 262 ("Verwirkung").

114) Gallwas, Mißbrauch, S. 119. Dieter-Dirk Hartmann, AöR 70, 570 faßt den Begriff auf der soziologischen Ebene, wenn er ihn als Versuch definiert, die Mechanismen kollektiver Brutalität auszulösen.

115) Klein in Komm., Anm. III 4 a zu Art. 18 (S. 532); Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung, S. 71; siehe auch Ruhmann, NJW 56, 1818; Seifert, DöV 61, 81.

116) Schmitt Glaeser, a. a. O.; Gallwas, Mißbrauch, S. 120 mit Beispielen.

Massivität des Vorgehens. Eine nur einmalige Entgleisung wird in der Regel nicht genügen ¹¹⁷⁾. Sicher nicht von Art. 18 erfaßt - da kein Kampf - wird eine sachliche, auch abwertende Kritik, weil sie nicht auf die Zerstörung der bestehenden Ordnung zielt. Auch die Satire unterfällt nicht der Verwirkungsnorm, so lange sie nicht zersetzend wirkt ¹¹⁸⁾.

Der Hauptfall des Verfassungsfeinds im Sinn des Art. 18 GG wird zwar der sein, der mit den Mitteln der psychologischen Verführung, insbesondere auf publizistischem Weg, die Massen auf seine Seite zu ziehen sucht, sein Ziel also auf gewaltlosem Weg anstrebt, doch kann Art. 18 GG nicht von vornherein auf den Kampf mit geistigen Mitteln beschränkt werden ¹¹⁹⁾.

Streitig ist, ob das Vorgehen des Aggressors gefährlich sein muß, um den Tatbestand des Art. 18 zu erfüllen ¹²⁰⁾. Art. 18 GG stellt als Maßregel des Staatsschutzes zwar auf die Tätergefährlichkeit ab ¹²¹⁾, dies bedeutet aber nicht, daß bei Erfolglosigkeit schon der Tatbestand der grundsätzlichen Verwirkungsnorm entfielen. Art. 18 GG setzt nicht voraus, daß die verfassungsfeindlichen Aktionen zum Ziel geführt haben. Nur wenn aus der Erfolglosigkeit des Täterverhaltens die Ungefährlichkeit des Täters klar erhellt, entfällt Art. 18 GG.

Für die subjektive Seite reicht natürlicher Handlungswille aus, es muß weder

-
- 117) Klein, a. a. O.; Klemmer, Diss., S. 11 fordert allgemein ein planmäßiges, zielstrebiges, nach außen wirksames Bemühen.
- 118) Gallwas, Mißbrauch, S. 119; Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung, S. 71; Schmitz, Diss., S. 77. Jede, auch die zersetzende und unsachlich abwertende Kritik hält Dieter-Dirk Hartmann, AöR 70, 574/575 für zulässig.
- 119) Ebenso Wilke, Berufsverbot, S. 28; Hamann, Grundgesetz und Strafgesetzgebung, S. 27; Gallwas, Mißbrauch, S. 119 ("Anwendung physischer Gewalt ist nicht erforderlich", d. h. also auch nicht ausgeschlossen); Schmitz, Diss., S. 76 f; a. A. Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung, S. 71 § 138 ff; siehe auch S. 83 ff.
- 120) Für Gefährlichkeit Klein in Komm., Anm. III 4 a zu Art. 18 (S. 532); Dürig in Komm., Rdz. 41 zu Art. 18; dagegen Gallwas, Mißbrauch, S. 119; Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung, S. 72; Brinkmann, Komm., Anm. I 1 c zu Art. 18.
- 121) Vgl. S. 51.

Zurechnungsfähigkeit noch Schuld im strafrechtlichen Sinn vorliegen ¹²²⁾.

Zur Erläuterung des Begriffs der freiheitlichen demokratischen Grundordnung sei hier lediglich auf die wohl noch immer - trotz erhobener Einwände ¹²³⁾ - präziseste und umfassendste Definition verwiesen, die das BVerfG anlässlich des SRP-Urteils aufstellte ¹²⁴⁾. Die freiheitlich-demokratische Grundordnung hat danach eine Ordnung zum Inhalt, "die unter Ausschluß jeglicher Gewalt- und Willkürherrschaft eine rechtsstaatliche Herrschaftsordnung auf der Grundlage der Selbstbestimmung des Volkes nach dem Willen der jeweiligen Mehrheit und der Freiheit und Gleichheit darstellt. Zu den grundlegenden Prinzipien dieser Ordnung sind mindestens zu rechnen: die Achtung vor den im Grundgesetz konkretisierten Menschenrechten, vor allem das Recht der Persönlichkeit auf Leben und freie Entfaltung, die Volkssouveränität, die Gewaltenteilung, die Verantwortlichkeit der Regierung, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Unabhängigkeit der Gerichte, das Mehrparteienprinzip und die Chancengleichheit für alle politischen Parteien mit dem Recht auf verfassungsmäßige Bildung und Ausübung einer Opposition".

Diese Definition stellt klar, daß alle und nur die Verfassungssätze von ihr erfaßt werden, die der staatlichen Grundordnung ihr freiheitlich-demokratisches Gepräge geben und grenzt unsere Ordnung von dem Staat totalitärer Observanz ab, der dem GG als der abzulehnende staatliche Zustand schlechthin er-

122) Dürig in Komm., Rdz. 37, 38 zu Art. 18; derselbe, JZ 52, 516; Klein, Komm., Anm. III 4 a zu Art. 18 (S. 531); Lechner, Komm., Anm. 3 zu § 13 Ziff. 1 BVerfGG; Brinkmann, Komm., Anm. I 1 c zu Art. 18; Echterhölter, JZ 53, 657; Hönsch, Diss., S. 53; Fuchtenbusch, Diss., S. 98; Schmitz, Diss., S. 87; Haller, Diss., S. 17. A. A. Geiger, BVerfGG, Vorbem. 7 vor § 36, der Vorsatz und Zurechnungsfähigkeit verlangt; ebenso Hlawaty, Diss., S. 55; Klemmer fordert "Verantwortlichkeit" (Diss., S. 43).

123) Sie richten sich fast immer gegen die Erwähnung der "Verantwortlichkeit der Regierung", der die amerikanische Verfassung gegenübergestellt wird, die doch sicherlich als freiheitlich und demokratisch anzuerkennen sei; (vgl. Wilke, Berufsverbot, S. 33; Dürig in Komm., Rdz. 114 mit FN 3 zu Art. 21; Klemmer, Diss., S. 10). Nach Dürig, Komm., Anm. 54, 56 zu Art. 18, ist der Begriff "Verantwortlichkeit der Regierung" aber weiter zu fassen; er umgreift auch Präsidialsysteme.

124) BVerfGE 2, 1 [12 f.]. Abgesehen von dem in der vorgehenden Fußnote erwähnten Punkt hat sie allgemeine Zustimmung gefunden; vgl. Dürig, Komm., a. a. O.; Klein in Komm., Anm. III 4 b zu Art. 18 (S. 533); Seifert, DöV 61, 84; Gallwas, Mißbrauch, S. 118.

schien 125) 126). Selbstverständlich ist es ausreichend, wenn der Täter des Art. 18 nur eines oder mehrere der aufgezählten Elemente der freiheitlich-demokratischen Grundordnung attackiert, da jede Komponente einen unverzichtbaren Bestandteil bildet 127).

3. Der Katalog der mißbrauchbaren und verwirkbaren Grundrechte

Als Grundrechte, die bei Mißbrauch zum Kampf gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung der Verwirkungssanktion unterfallen, führt Art. 18 GG an: die Freiheit der Meinungsäußerung, insbesondere die Pressefreiheit (Art. 5 Abs. I), die Lehrfreiheit (Art. 5 Abs. III), die Versammlungsfreiheit (Art. 8), die Vereinigungsfreiheit (Art. 9), das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis (Art. 10) das Eigentum (Art. 14) und das Asylrecht (Art. 16 Abs. II).

Dieser Katalog ist abschließend 128). Als Ausnahmetatbestand ist Art. 18 eng

-
- 125) Čopić (Politisches Strafrecht, S. 8) verengt den Begriff der freiheitlich-demokratischen Grundordnung unzulässig, wenn er ihn mit antinazistischer Grundordnung gleichsetzt und darlegt, nur auf Grund einer Fehlentwicklung sei er zum Synonym für die antikommunistische Grundordnung geworden. Art. 18 GG wendet sich wie Art. 9 Abs. II GG und 21 Abs. II GG gegen jeden Totalitarismus, gleich, welcher Provenienz. Wenn die Stoßrichtung gegen linksradikale Umtriebe im Lauf der Nachkriegsentwicklung den Vorrang gewann, so deshalb, weil man - ob zu Recht, sei dahingestellt - der Gefahr aus dem Osten, die man täglich vor Augen hatte, ein größeres Gewicht beimaß als dem Rechtsradikalismus und der allmählich verblassenden Erinnerung an das Dritte Reich. Vgl. hierzu auch Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung, S. 37.
- 126) Zu den Verbindungslinien, die von der freiheitlich-demokratischen Grundordnung zur Unverbrüchlichkeitsklausel des Art. 79 Abs. III GG führen, vgl. Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung, S. 46; derselbe (Walter Oskar Schmitt), DöV 65, 433; Gallwas, Mißbrauch, S. 119; Wilke, Berufsverbot, S. 36; Dürig, Komm., Anm. 114 f zu Art. 21.
- 127) Wernicke, BK Art. 18, Erl. II 1 d; Wilke, Berufsverbot, S. 34; Schmitz, Diss., S. 75. A. A. Gallwas, Mißbrauch, S. 151/152 (hierzu S. 25 des Textes).
- 128) Geiger, Komm., Anm. 1 zu § 39 BVerfGG (S. 144); Wernicke in BK, Anm. II 1 b zu Art. 18; Klein in Komm., Anm. III 1 b zu Art. 18 (S. 520); Lechner, Komm., Anm. 2 zu § 13 Ziff. 1 BVerfGG; Lerche, Asylrecht, S. 208; Wagner, Diss., S. 56; Reif, Diss., S. 151; Haller, Diss., S. 67; Heeb, Diss., S. 183; Hönsch, Diss., S. 60; Kind, Diss., S. 42; Schmitz, Diss., S. 101. Einschränkend aber Dürig in Komm., Anm. 21 ff zu Art. 18 GG.

auszulegen. Das Recht der Informationsfreiheit unterfällt z. B. nicht der Meinungsäußerungsfreiheit und ist daher nicht verwirkbar ¹²⁹⁾. Zweck der Enumerierung war, die Grundrechte zu erfassen, deren Mißbrauch zum Zweck der Verfassungsaggression besonders naheliegend und gefährlich ist ¹²⁹⁾.

a) Die Enumerierung ist nicht so unproblematisch, wie sie auf den ersten Blick erscheinen mag. Der Meinungsstreit in der Literatur kreist einmal um die Frage, ob sämtliche der in Art. 18 aufgezählten Grundrechte auch wirklich mißbraucht oder verwirkt werden können. Wilke ¹³⁰⁾, auf gelegentlichen Stellungnahmen in der Literatur aufbauend ¹³¹⁾, glaubte als einer der ersten einen "Bruch" im Tatbestand des Art. 18 GG konstatieren zu müssen, weil die aufgeführten Grundrechte des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses, sowie des Asylrechts nicht mißbraucht werden könnten. Diese Folgerung ergibt sich notwendig aus Wilkes schon erwähnter Konzeption ¹³²⁾ der Grundrechte als Darf- oder Duldungsrechte. Schmitt Glaeser mit seiner von Wilke herkommenden Vorstellung, Art. 18 GG und der gesamte Grundrechtskatalog verständen unter Grundrechten politische Mitwirkungsrechte ¹³³⁾, entgeht ebenfalls nicht der Konsequenz, in Art. 18 als mißbrauchbar aufgeführte Rechte eben diese rechtliche Eigenschaft absprechen zu müssen, weil ihre aktiv-teilhabende Ausübung nicht denkbar ist ¹³⁴⁾. Er ist - entgegen dem Wortlaut des Art. 18 GG - gezwungen, die Grundrechte aus Art. 10, 16 Abs. II S. 2 GG und noch über Wilke hinausgehend, das Recht auf Eigentum (Art. 14 GG) als reine und ausschließliche Abwehrrechte, die nicht politisch gestaltend mißbraucht werden können, aus dem Kreis der mißbrauchbaren Grundrechte auszuschließen. Folglich kommt er

129) Klein in Komm., Anm. III 1 d zu Art. 18 (S. 521); Maunz in Maunz-Sigloch-Schmidt-Bleibtreu-Klein, BVerfGG, Anm. 22 zu § 13; Stern, DVBl 63, 701 FN 71; Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung, S. 117. A. A. Brinkmann, Grundrechte, Art. 18 Anm. I 2 b & c; Füchtenbusch, Diss., S. 95 FN 203.

130) Berufsverbot, S. 23.

131) Geiger, BVerfGG § 39, Erl. 2 Abs. III (S. 146); Klein, Komm., Erl. III 3 b zu Art. 18 (S. 529); Kessler, Diss., S. 25. Eingehendere Bedenken äußerte vor Wilke bereits Heeb, Diss., S. 21 gegen die Nennung des Art. 16 Abs. II S. 2 als mißbrauchbares Grundrecht.

132) S. 57.

133) S. 57.

134) Mißbrauch und Verwirkung, S. 119 ff, 157 f, S. 185, 186. Die Verwirkungsfähigkeit dieser Grundrechte betont Schmitt Glaeser aber ausdrücklich (a. a. O., S. 120, 183 ff - was notwendigerweise die Ablehnung des Gesetzes der Identität von mißbrauchtem und verwirktem Grundrecht zur Voraussetzung hat).

zu dem Ergebnis, Art. 18 GG reguliere allein den politischen Meinungskampf, weil nur die Meinungsäußerungsfreiheit mit der Pressefreiheit, die Lehrfreiheit und die in ihren Wurzeln auf die erstgenannte zurückführbaren Grundrechte der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit dem Katalog des Art. 18 GG verblieben 135).

Von diesen Autoren, die allein auf Grund der von ihnen vertretenen Grundrechtskonzeption gewisse nur als Reaktionsrechte denkbare Grundrechte aus dem Verwirkungskatalog zu eliminieren gezwungen sind, ist die Ansicht Lerches 136) zu unterscheiden, der die Asylklausel in Art. 18 GG deshalb als nicht geschrieben ansieht, weil bei einer mißbräuchlichen Ausnutzung der Gastfreundschaft der Bundesrepublik Deutschland sich jeder Mißbrauch in den Formen der anderen in Art. 18 GG genannten Rechte vollziehe, ein spezifischer Asylmißbrauch also nicht vorstellbar sei. Zudem komme das Verwirkungsverdikt gegen den Asylsuchenden wohl immer mit dem Gebot des Art. 1 GG, die Menschenwürde nicht anzutasten, und dem Grundsatz der Erforderlichkeit in Konflikt 137). Diesen Argumenten wird man sich nicht verschließen können, da sie tatsächlich eine Inkonzern der Verfassung offenbaren 138). Auch erscheint eine Korrektur des Art. 18 hinsichtlich eines Grundrechts noch als möglich und tragbar. Dagegen ist es nicht zulässig, auf Grund einer vorgefaßten Grundrechtskonzeption nahezu die Hälfte der in Art. 18 GG als mißbrauchbar und verwirkbar bezeichneten Grundrechte aus diesem Katalog herauszunehmen und ihnen allenfalls im Rahmen des Verwirkungsausspruchs eine gewisse Bedeutung zuzugestehen. Hier ist vielmehr die Grundrechtskonzeption wegen ihrer Unvereinbarkeit mit der Verfassung aufzugeben 139).

An dieser Stelle zeigt sich in doppelter Weise die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht vom Mißbrauchsbeginn des Art. 18 GG 140). Schmitt Glaeser muß selbst zugestehen, daß hinsichtlich des Rechts auf Eigentum nur ein offener Miß-

135) Mißbrauch und Verwirkung, S. 124.

136) Asylrecht, S. 199 ff. Gegen die Nennung des Art. 16 GG im Rahmen der grundgesetzlichen Verwirkungsnorm auch Brinkmann, Grundrecht, Art. 18, Anm. 1 d §.

137) So auch Kimminich, BK, Rdz. 19 zu Art. 16; JZ 65, 745. Ganz im Gegensatz dazu will Schmitt Glaeser die Aberkennung der Asylfreiheit zulassen.

138) Lerche, a. a. O., S. 200.

139) Auch Gallwas hält in seiner Rezension der Arbeit Schmitt Glaesers (DöV 70, 71) hier die Grenze der Auslegbarkeit für erreicht.

140) S. 58.

brauch möglich ist ¹⁴¹⁾. Dies darf aber nicht zum Anlaß genommen werden, Art. 14 GG von der Liste der selbständig verwirkbaren Grundrechte zu streichen; vielmehr kann der Mißbrauchs begriff nicht im Schmitt Glaeserschen Sinn auf Gewaltlosigkeit und schein-demokratisches Gebaren eingeengt werden ¹⁴²⁾. Art. 18 GG muß auch der Bekämpfung der unverhüllten Verfassungsfeindschaft offenstehen.

Zweitens erweist sich, daß man bei der im Wege der Auslegung vorgenommenen Umdeutung des Tatbestandsmerkmals "Mißbrauch von Grundrechten" in "Mißbrauch des von den Grundrechten eingeräumten und abgesicherten Rechtsraums" und bei Festhalten an der traditionellen Betrachtungsweise, die die Grundrechte zunächst und in erster Linie als Unterlassungs- und Abwehrrechte ansieht, keine Schwierigkeiten hat, die Rechte aus Art. 10 und 14 GG in den Katalog der mißbrauchbaren Grundrechte zu integrieren. Es ist ohne weiteres denkbar, daß unter dem Schutz und unter Ausnützung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses verfassungsfeindliche Aktionen vorbereitet werden und das Eigentum in vielfältiger Weise zur Unterstützung subversiver Tätigkeit eingesetzt wird, ohne daß aber der Staatsfeind das Abwehrrecht selbst der öffentlichen Gewalt entgegenhielte. Dies sind gerade die Fälle, auf die Art. 18 zugeschnitten ist und hier darf er nicht versagen ¹⁴³⁾.

b) Das zweite Problem, das der Katalog der mißbrauchbaren und verwirkbaren Grundrechte aufgibt, ist die Nichterwähnung des Grundrechts der Berufsfreiheit. Wie wir uns erinnern, betrachtet sich das BVerfG für befugt, im Rahmen des Verwirkungsverfahrens ein Berufsverbot zu verhängen ¹⁴⁴⁾. Folgen wir zunächst der Auffassung des BVerfG und der herrschenden Meinung ¹⁴⁵⁾, ein solches auf § 39 Abs. I S. 3 BVerfGG gestütztes Verbot ergehe letztlich auf Grund des Art. 18 GG, weil § 39 Abs. I S. 3 GG diese grundgesetzliche Norm nur

141) Mißbrauch und Verwirkung, S. 158.

142) Ebenso ablehnend Gallwas, a. a. O. : ... "Daß der schein-demokratische Schleichwerber ein Typ ist, gegen den sich die Sanktion des Art. 18 GG richtet, ist unbezweifelbar; daß es jedoch der Typ ist, den die Verfassung allein und ausschließlich gemeint habe oder habe meinen können, ist durch nichts belegt".

143) Etwas anderes gilt für die Asylklausel, wie unter Berufung auf Lerche festgestellt werden mußte. Es wird nichts anderes übrigbleiben, als sie mit Lerche als nicht geschrieben zu betrachten.

144) BVerfGE 10, 118 [122]; BVerfGE 25, 88 [96].

145) Vgl. statt vieler Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung, S. 225; derselbe, NJW 66, 1738; Dürig in Komm., Rdz. 72 zu Art. 18; Gallwas, Mißbrauch, S. 142.

"präzisiere" 146). Wird in dieser Weise das Berufsverbot der Grundrechtsverwirkung gleichgestellt, so erhebt sich sofort die Frage, woher das BVerfG das Recht nimmt, das nicht genannte Grundrecht der Berufsfreiheit in den Katalog des Art. 18 GG einzureihen, nachdem doch allgemeine Einigkeit über den "numerus clausus" der verwirkbaren Grundrechte besteht.

Das BVerfG hat in der Nordrhein-Westfalen-Entscheidung hierzu nicht Stellung genommen, weil es die Frage des Berufsverbots für Presseangehörige merkwürdigerweise allein unter dem Aspekt des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG sah und das Grundrecht der Berufsfreiheit in die Erörterung nicht miteinbezog 147). Dagegen legt es im Beschluß vom 15. 1. 1969 148) ausführlich seinen Standpunkt dar. Es geht von einer grundsätzlich abschließenden Grundrechtsenumeration in Art. 18 GG aus. Auch eine Reflexwirkung der Grundrechtsaberkennung auf nicht genannte Grundrechte sei zu vermeiden. Doch dürfe die Tatsache der Überlagerung verschiedener Grundrechtsbereiche nicht dazu führen, daß der von Art. 18 GG gewollte Schutz der staatlichen Grundordnung überhaupt nicht durchgesetzt werde. Hänge ein unverwirkbares Grundrecht notwendigerweise mit dem abzuerkennenden zusammen, so dürfe daran die Aberkennung nicht scheitern, es sei denn, der mitbetroffene Grundrechtsbereich sei gegenüber dem beabsichtigten Schutz des Staats vorrangig. Es laufe dem Zweck des Art. 18 GG zuwider, von Schutzmaßnahmen abzusehen, wenn der politische Kampf des Betroffenen sogar berufsmäßig geführt werde. In einem zeitlich begrenzten Berufsverbot sei auch weder ein Übermaß zu sehen, noch taste es den Wesensgehalt der Pressefreiheit an.

Das BVerfG hält es also auf Grund der Erkenntnis, daß gewisse Lebenssachverhalte von mehreren Grundrechten abgesichert werden, für zulässig, auch auf nicht genannte Grundrechte einzuwirken, wenn dies notwendig erscheint, um das Verwirkungsverdikt nicht ohne Kraft verpuffen zu lassen; dies aber nur im Rahmen einer Güterabwägung zwischen dem betroffenen Grundrecht und dem Interesse an der Sicherheit des Staates 149).

Ähnlich wie das BVerfG hatte sich schon zuvor Gallwas 150) geäußert. Für eine

146) Ausdruck des BVerfG in E 10, 122.

147) Über seine widersprüchlichen Aussagen zu dem Problemkreis siehe S. 31.

148) BVerfGE 25, 88 [96].

149) Zur Güterabwägung als Mittel der Verfassungsinterpretation eingehend Lerche, Übermaß, S. 129 mit FN 105, der zur Zurückhaltung mahnt. Vgl. auch Geigers Warnung in Privatrechtsordnung, S. 41; weiterhin Schnur, VVDStRL 22, 123.

150) Mißbrauch, S. 140.

reflexweise Einschränkung plädierte Dagtoglou ¹⁵¹⁾.

"Rückwirkungen" auf nicht aufgeführte Grundrechte will auch Maunz ¹⁵²⁾ zulassen. Demgegenüber mehren sich neuerdings betont ablehnende Stimmen ¹⁵³⁾. Am eingehendsten erläutert Schmitt Glaeser die Gegenposition. Er geht von der inneren Verkettung der Grundrechte miteinander aus; auch sei dem Verfassungsgeber diese nicht verborgen geblieben. Gerade weil die Väter des Grundgesetzes aber nicht alle Grundrechte in den Katalog des Art. 18 GG aufgenommen hätten, habe ihnen die Möglichkeit einer isolierten Aberkennung vorgeschwebt. Was nun das Verhältnis Pressefreiheit - Berufsfreiheit betreffe, so sei sehr wohl eine isolierte Aberkennung möglich, ohne einen Leerlauf heraufzubeschwören. Die Aberkennung des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 bedeute in erster Linie die Aufhebung des Zensurverbots (Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG) ¹⁵⁴⁾ und äußere sich in einer Vorlegungspflicht. Eine unmittelbare Beeinträchtigung der Berufsfreiheit sei darin aber nicht zu sehen; vielmehr wirke sich die Maßnahme nur mittelbar auf die berufliche Tätigkeit aus und unterfalle somit nicht dem Schutz des Art. 12 GG ¹⁵⁵⁾. Etwas anderes sei angezeigt, wenn eine bestimmte Publikation verboten werde. Obwohl dieser Eingriff in den beruflichen Lebensbereich weitaus stärker sei, werde auch hier das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG nicht betroffen. Voraussetzung eines derartigen Verbots sei nämlich, daß die Abhandlung einen mißbräuchlichen Kampf gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung beinhalte. Da eine solche Aktion aber grundrechtlich nicht geschützt werde, weiche in diesem Fall das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG zurück, so daß die Berufung darauf unmöglich werde.

Diese Argumentation gibt zu Zweifeln Anlaß. Zunächst ist nicht einzusehen, weshalb die Beschränkungen, die eine Vorlagepflicht mit sich bringt, auf die Berufsfreiheit nur mittelbar einwirkt, während die Pressefreiheit unmittelbar betroffen sein soll. In Wirklichkeit beeinträchtigt die Vorlagepflicht die berufliche Entfaltung im selben Maß wie die Pressefreiheit. Zum anderen ist das Ar-

151) Wesen und Grenzen der Pressefreiheit 1963, S. 15. Wie er Haller, Diss., S. 77 f, wonach nur gezielte Eingriffe in unverwirkbare Grundrechte nicht zulässig seien.

152) Maunz-Sigloch-Schmidt-Bleibtreu-Klein, BVerfGG, Rdz. 22 zu § 13.

153) Schnur, VVDStRL 22, 145; Lenz in Hamann-Lenz, Anm. 7 zu Art. 18 (er möchte das für die Berufsausübung unerläßliche Grundrecht im Umfang der unverwirkbaren Berufsfreiheit gleichfalls als verwirkungsfest behandeln). Reif, Diss., S. 153 f; auch schon Kind, Diss., S. 75.

154) So auch Reif, Diss., S. 152.

155) Mißbrauch und Verwirkung, S. 204.

gument, das Grundrecht der Berufsfreiheit weiche zurück, wenn eine Publikation wegen Kampfs gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung verboten werde, weil das Grundrecht keinen Mißbrauch decke, sicher richtig, wenn man eine derartige immanente Schranke vor dem Verwirkungsverdikt anerkennt, was, wie wir sahen, ja keineswegs unbestritten ist. Aber auch bei Richtigkeit dieser Prämisse scheint der Nutzen der Erkenntnis zweifelhaft. Zunächst einmal dürfte allein der Schein des Rechts¹⁵⁶⁾, der dem Betroffenen auch bei mißbräuchlicher Ausübung zur Seite steht, Maßnahmen der drei Gewalten weithin erschweren, weil sie vor der Feststellung, jetzt sei die Grundrechtsausübung im Begriff, in Mißbrauch umzuschlagen, aus verständlicher Scheu zurückschrecken werden. Diese Unsicherheit sollte ihnen aber der Verwirkungsspruch gerade abnehmen. Würde sie nach dem Verdikt fortbestehen, weil ein anderes, nicht aberkanntes Grundrecht den inkriminierten Bereich überlagert, so wäre das Instrument der Verwirkung beträchtlich entwertet.

Weiterhin: ist denn eine Aberkennung der Berufsfreiheit durch das BVerfG wirklich so unakzeptabel, wenn der betreffende geschützte Bereich im Einzelfall dann doch Eingriffsakten offensteht? Wir erinnern uns an die Aussage, daß durch das Verwirkungsurteil nur die politische Dimension der Grundrechte verlorengeht¹⁵⁷⁾. Nur in diesem Bereich träfe der Ausspruch des BVerfG das Grundrecht der Berufsfreiheit, in dem auch Schmitt Glaeser ein Offenstehen der Freiheitsräume gegenüber der Mißbrauchsabwehr konzidiert. Aus anderem als aktuellem Mißbrauchsanlaß wird ohnehin eine Reaktion der Behörden nicht zu erwarten sein.

Es ist also daran festzuhalten, daß das BVerfG berechtigt ist, in dem Umfang, als sich zwei Grundrechtsbereiche überlagern, auch ein in Art. 18 nicht aufgeführtes Grundrecht ausnahmsweise für verwirkt zu erklären¹⁵⁸⁾. Seine Rechtfertigung findet dieser Grundsatz in der Erwägung, daß der Verfassungsgeber sich das Institut der Verwirkung als ein effektives dachte und es nicht durch einen ungenügenden Wirkungsbereich ad absurdum führen wollte. Aus diesen Darlegungen erhellt zugleich, daß hier nicht der fragwürdige Weg einer Einbeziehung der journalistischen Berufsfreiheit in das Grundrecht aus Art. 5 GG - in Form

156) Vgl. Lerche, Asylrecht, S. 206: Der Mißbraucher ... "bewegt sich von Haus aus (≪an sich≫) im Tatbestande" des Grundrechts.

157) S. 50.

158) Ebenso BVerfG 25, 88 [96.7]; Dürig in Komm., Rdnr. 24 zu Art. 18; Gallwas, Mißbrauch, S. 138 f; Čopić, JZ 63, 500; im Ergebnis ebenso Haller, Diss., S. 78.

einer sogenannten Presseberufsfreiheit - gegangen wird ¹⁵⁹⁾. Wer hätte denn jemals eine solche Einbeziehung vorgeschlagen, wäre nicht durch das Nordrhein-Westfalen-Urteil die Problematik um das verfassungsgerichtliche Berufsverbot zu Tage getreten ¹⁶⁰⁾? Mit gleichem Recht könnte bei sonstigen Personenkreisen, die sich von Berufs wegen in einem anderen als dem von Art. 12 GG abgeschirmten, aber dennoch grundrechtlich geschützten Rechtsraum betätigen, die Herausnahme ihres Berufsschutzes aus Art. 12 GG erfolgen. Die Folge wäre eine allmähliche, sinnwidrige Entleerung der Berufsfreiheit. Der ganze Kunstgriff vermag nicht über die Schwierigkeiten hinwegzutäuschen, die die abschließende Grundrechtsaufzählung in Art. 18 GG mit sich bringt.

159) Zu diesem Begriff Wilke, Berufsverbot, S. 74; Füchtenbusch, Diss., S. 24, 25; Reif, Diss., S. 152; Dagtoglou, Wesen und Grenzen der Pressefreiheit, S. 14, der diese Anschauung im Urteil BVerfGE 10, 118 bestätigt finden will.

160) Vgl. auch Reif, Diss., S. 152: "...die eigens zu diesem Zweck geschaffene These ...".

III. Abschnitt

Die Rechtsfolge der Verwirkung und die Bedeutung der Ausmaßklausel in Art. 18 GG für die Verfassungsmäßigkeit des strafrechtlichen Berufsverbots

A. Die Verwirkungsfolge

1. Der Verwirkungsbegriff des Art. 18 GG

a) Vergleich mit anderen Rechtsgebieten

Der Begriff der Verwirkung kommt in weiten Teilen unseres Rechts zur Anwendung ¹⁶¹⁾. Im Strafrecht, etwa den §§ 74 Abs. I, 75 Abs. I, 276 Abs. II S. 2, 357 StGB, hat der Ausdruck den Sinn einer Übelzufügung infolge von der Rechtsordnung mit dieser bedrohten Verhaltens. In dieser Bedeutung kommt er auch im BGB vor (§ 339 ff BGB). Was jedoch im Zivilrecht eigentlich unter Verwirkung verstanden wird, ist ein Unterfall des Prinzips von Treu und Glauben, nämlich der Verlust eines Rechts infolge treuwidrigen Verhaltens ¹⁶²⁾, der bei illoyal verspäteter Geltendmachung eines Rechts eintritt ¹⁶³⁾. Diese Form der Verwirkung ist heute auch im Verwaltungsrecht anerkannt ¹⁶⁴⁾. Daneben finden sich auch noch andere untechnische Verwirkungsfälle in allen Sparten des Rechts (abgesehen von der eigengearteten, oben schon zitierten strafrechtlichen Begriffsbildung), bei denen sich an eng umrissene mißbilligte Verhaltensweisen der Verlust eines Rechts knüpft, etwa § 1676 BGB, § 66 EheG u. a.. Der Unterschied zur "technischen" Verwirkung besteht einmal darin, daß das mißbilligte Verhalten gerade nicht in einer Verzögerung der Rechtsausübung, sondern in einem andersartigen Mißbrauch besteht. Weiterhin tritt bei der "untechnischen" Verwirkung Vollver-

161) Einen sorgfältigen Überblick über die Anwendungsfälle in Strafrecht, bürgerlichem, Verwaltungs- und Steuerrecht geben Hartmann, Diss., S. 4 ff, 31 ff und Wilke, Berufsverbot, S. 38 ff, die auch über die sprachliche Ableitung und historische Entwicklung informieren. Zum ganzen auch Schmitz, Diss., S. 91 ff.

162) Soergel-Siebert, Anm. 173 zu § 242 BGB; Staudinger-Weber, Anm. D 601 zu § 242; Erman, Bem. III 3 c zu § 242; RGRK, Anm. 190 zu § 242.

163) Sog. "technische" Verwirkung; so Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung, S. 161; Wilke, Berufsverbot, S. 42; Dürig, JZ 52, 514; U. Wagner, Diss., S. 34, 37; Hlawaty, Diss., S. 33. Die Qualifizierung als "technisch" ist aber wie Reif, Diss., S. 98 richtig bemerkt, der Zivilrechtslehre unbekannt.

164) Vgl. die zahlreichen Nachweise bei Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung, S. 161 FN 9; weiterhin Dürig, JZ 52, 513; Hlawaty, Diss., S. 38; Reif, Diss., S. 99 FN 13.

lust des Rechts ein, während bei der "technischen" Verwirkung eine derartige Aussage nicht mit gleicher Bestimmtheit gemacht werden kann ¹⁶⁵⁾.

Jedoch ist es nicht richtig, wenn Wilke ¹⁶⁶⁾ und ihm folgend Schmitt Glaeser ¹⁶⁷⁾ von einem beziehungslosen Nebeneinander mehrerer Verwirkungsbegriffe in unserer Rechtsordnung ausgehen. In Wirklichkeit läßt sich die sog. technische Verwirkung der von uns als untechnisch bezeichneten Verwirkungsform unterordnen. Die illoyal verspätete Geltendmachung eines Rechts stellt nur eine von vielen vom Recht mißbilligten Verhaltensweisen dar. Auch der Sinn, den die Verwirkung im Strafrecht hat, nämlich Übelzuziehung durch zurechenbares Verhalten, läßt sich mit dem oben dargestellten - "untechnischen" - Verwirkungsbegriff vereinigen; die Konsequenz der Strafe stellt sich negativ als Verlust von Rechtsgütern - der Bewegungsfreiheit, des Eigentums - dar; umgekehrt kann man den Verlust eines Rechts auch als Zufügung eines Übels interpretieren.

Damit sollte nur angedeutet werden, daß sich sehr wohl eine Wurzel finden läßt, der die verschiedenen rechtlichen Verwirkungsbegriffe entspringen, nämlich die Zuziehung eines Übels - worunter auch der Verlust rechtlich geschützter Güter fällt - infolge mißbilligten oder zumindest obliegenheitswidrigen Verhaltens. Der Erkenntniswert einer derart weit gespannten Formel ist jedoch nicht sehr hoch einzuschätzen ¹⁶⁸⁾.

Ein Vergleich mit den erläuterten Formen der Verwirkung wird uns nun helfen, die Konturen der Grundrechtsverwirkung schärfer nachzuziehen. Mit der "technischen Verwirkung" finden sich wenig Gemeinsamkeiten, da im Bereich des Art. 18 GG der Zeitablauf überhaupt keine und die illoyale Geltendmachung eines Rechts nur in seltenen Fällen eine Rolle spielt ¹⁶⁹⁾. Dagegen ist eine Verwandtschaft mit der untechnischen Verwirkung aus Pflichtwidrigkeit nicht abzuleugnen. Auch wenn das Bestreben anzuerkennen ist, gegen das Fehlverständnis des Art. 18 GG als einer Norm von Strafrechtsqualität anzukämpfen, kann doch die den strafrechtlichen Maßregeln der Sicherung und Besserung gleichartige Konstruktion und Funktion der grundgesetzlichen Verwirkungsnorm nicht über-

165) Vgl. hierzu Hartmann, Diss., S. 165.

166) Berufsverbot, S. 44, so auch Klemmer, Diss., S. 35.

167) Mißbrauch und Verwirkung, S. 160, 161.

168) Ähnlich Hartmann, Diss., S. 59.

169) In aller Regel wird, wie schon dargelegt, nicht das Abwehrrecht, sondern die eingeräumte Rechtssphäre mißbraucht.

sehen werden ¹⁷⁰⁾. Mit dieser Feststellung, die Grundrechtsverwirkung weise am meisten Ähnlichkeit mit dem strafrechtlichen und "untechnischen" Verwirkungsbegriff auf, ist jedoch schon der Aussagewert eines Vergleichs erschöpft. Die Frage nach der Ausgestaltung der Rechtsfolge der verfassungsrechtlichen Verwirkungsnorm muß im weiteren selbständig beantwortet werden.

b) Genereller oder punktueller Verwirkungsbegriff?

Hinsichtlich der Wirkungsweise des Art. 18 GG wäre denkbar, daß dieser nur den Grundrechtsschutz für eine einzelne Mißbrauchshandlung beseitigt, was nachträglich das BVerfG festzustellen hätte (sog. "punktueller Verwirkungsbegriff" ¹⁷¹⁾). Wegen des Entscheidungsmonopols des BVerfG könnten dann Abwehrmaßnahmen der Verwaltung oder der Gerichte gegen einzelne Mißbrauchshandlungen nicht getroffen werden ¹⁷²⁾. Art. 18 GG könnte aber auch die einzelne Mißbrauchshandlung unberührt lassen und nur für künftige Grundrechtsausübungen Bedeutung haben, indem er das Grundrecht für die Zukunft aberkennt ("generelles" Verwirkungsverständnis).

Nachdem wir bereits festgestellt haben, daß die konkrete Mißbrauchshandlung sich auch schon vor dem Verwirkungsurteil infolge der den Grundrechten beigegebenen, zur Mißbrauchsabwehr ermächtigenden ungeschriebenen Annexe nicht auf den Schutz der Grundrechte berufen kann, ist die Antwort nicht zweifelhaft. Mit dem Zweck des Art. 18 GG, Verfassungsfeinde auszuschalten und unschädlich zu machen, ist nur eine von der konkreten Mißbrauchshandlung gelöste, in

170) Das Extrem, in das Schmitt Glaeser mit seiner Ablehnung aller strafrechtlichen Kategorien im Rahmen des Art. 18 GG verfällt (Mißbrauch und Verwirkung, S. 160) zielt nicht weniger an der wahren Natur des Art. 18 GG vorbei, wie die entgegengesetzte Ansicht. Gegen jede Übertragung nicht-öffentlichrechtlicher Begriffsinhalte auf das Verfassungsrecht Reif, Diss., S. 99. Merkwürdig ist jedoch seine Attacke, a. a. O., FN 16 auf Wernicke, der "Verwirkung" im Sinn des allgemeinen Sprachgebrauchs als Einbuße auffaßt. Als ob etwas anderes als der Wortlaut Richtschnur der Auslegung sein könnte!

171) Der Ausdruck stammt wie sein Pendant von Gallwas (Mißbrauch, S. 122 ff). Der punktuellen Auffassung folgen von Mangoldt in der ersten Auflage seines Kommentars, Anm. 2 zu Art. 18 (S. 115); Scheuner, Festschrift für Kaufmann, S. 329; Kessler, Diss., S. 43, 48.

172) Wie Erichsen, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit I, S. 51 zu Recht feststellt, wäre dann aber Art. 18 GG als Mittel der Sicherung gegen Grundrechtsmißbräuche unbrauchbar.

die Zukunft wirkende Funktion des Art. 18 GG vereinbar ¹⁷³⁾. Klein hat dies prägnant so formuliert, daß Art. 18 GG nicht die grundrechtsdynamische Rechtmäßigkeit einer konkreten Inanspruchnahme von Grundrechtsbestimmungen, sondern die grundrechtsstatische Befugnis, überhaupt Grundrechtsbestimmungen in Anspruch zu nehmen, betreffe ¹⁷⁴⁾.

Auch der Wortlaut der grundgesetzlichen Verwirkungsnorm kann nicht unbedingt für das punktuelle Verwirkungsverständnis in Anspruch genommen werden. Wer die Bestimmung unbefangen liest, kann nicht umhin, ihr ein zeitliches Nacheinander von Mißbrauch und Verwirkungsfolge zu entnehmen, während die punktuelle Auffassung von einer mit dem Mißbrauch gleichlaufenden Grundrechtsverwirkung ausgeht. Noch deutlicher wird dies bei einer Betrachtung des Vorläufers von Art. 18 GG, nämlich des Art. 20 des Herrenchiemseer Entwurfs (HChE) ¹⁷⁵⁾. Dieser lautete ¹⁷⁶⁾:

- (1) Wer die Grundrechte der Freiheit der Meinungsäußerung (Art. 7 Abs. 1), der Pressefreiheit (Art. 7 Abs. 2), der Versammlungsfreiheit (Art. 8), oder der Vereinigungsfreiheit (Art. 9) zum Kampf gegen die freiheitliche und demokratische Grundordnung mißbraucht, verwirkt damit das Recht, sich auf diese Grundrechte zu berufen.
- (2) Ob diese Voraussetzung vorliegt, entscheidet auf Beschwerde das Bundesverfassungsgericht.

173) Ebenso die h. M.: Dürig in Komm., Anm. 16, 68 zu Art. 18 GG; Klein in Komm., Bem. II 5 zu Art. 18 (S. 520); Lechner, BVerfGG, Anm. 1 zu § 13 Ziff. 1 und Anm. 1 zu § 39; Echterhölder, JZ 53, 657; Reißmüller, JZ 60, 532; Haller, Diss., S. 41 f, 66; Kind, Diss., S. 39 f, 55; Klemmer, Diss., S. 38 ff; Hönsch, Diss., S. 29 f; Füchtenbusch, Diss., S. 96 FN 204.

174) a. a. O., S. 520. Kessler (Diss., S. 42) verkennt diese Tatsache vollständig, wenn er darlegt, es fehle an sich an einem Gegenstand der Verwirkung, weil schon der Grundrechtsmißbrauch ein Handeln ohne Recht bedeute. Hier ist die Unterscheidung zwischen der parallel mit der Mißbrauchshandlung sich vollziehenden Einschränkung des Grundrechts und der erst ab Verwirkungsurteil für die Zukunft wirksam werdenden Grundrechtsaberkennung völlig verlorengegangen. Dieser Vorwurf gilt für alle Vertreter der punktuellen Theorie, vgl. v. Mangoldt in Komm. (1. Auflage), Bem. 2 zu Art. 18.

175) Gallwas (Mißbrauch, S. 126) ist dagegen der Ansicht, der Blick in die Entstehungsgeschichte helfe kaum weiter.

176) Zur Entstehung des Art. 18 GG vgl. v. Doemming-Füßlein-Matz, JöRn. F. Bd. 1 S. 172.

Durch das Wörtchen "damit" wird der in die Zukunft weisende Wortsinn des Ausdrucks "Verwirkung", das an sich schon eine auf den Tatbestand folgende Reaktion, ein zeitliches Nacheinander ausdrückt, noch unterstrichen. Eine Norm, die einen neben der Mißbrauchshandlung und gleichzeitig mit ihr verlaufenden Grundrechtsverlust hätte zum Ausdruck bringen wollen, hätte anders formuliert werden müssen, etwa so: "Wer das Grundrecht ... zum Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung mißbraucht, wird in seinem Mißbrauch nicht vom Grundrecht geschützt. . ." ¹⁷⁷⁾.

c) Rechtsnatur des verfassungsgerichtlichen Erkenntnisses; Tragweite der Grundrechtsverwirkung

Die Verwirkungsentscheidung ist beim BVerfG monopolisiert; kein anderes Staatsorgan ist befugt, die Verwirkung eines Grundrechts auszusprechen ¹⁷⁸⁾. Damit ist aber noch nichts über die Natur der Entscheidung festgestellt. Genau gesagt, ist fraglich, ob das Verwirkungsverdikt deklaratorisch oder konstitutiver Natur ist, wobei im letzteren Fall auch noch zu klären wäre, ob die konstitutive Wirkung ex nunc oder ex tunc eintritt. Der Streit ist jedoch heute weitgehend ausgetragen und zwar zugunsten einer gestaltend-konstitutiven ex-nunc-Wirkung ¹⁷⁹⁾.

177) Merkwürdigerweise wird gerade Art. 20 HChE von einem Teil der Literatur so verstanden, als gehe er vom punktuellen Verwirkungsverständnis aus und zwar gerade von Autoren, die für Art. 18 GG mit Nachdruck die gegenteilige Anschauung vertreten (Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung, S. 168 FN 33, S. 172; Lechner, BVerfGG, Anm. 1 zu § 13 Ziff. 1; Haller, Diss., S. 38 FN 3). Sie folgern dies daraus, daß nach Art. 20 Abs. I HChE ohne weiteres das Recht verwirkt werde, sich auf das mißbrauchte Grundrecht zu berufen und daß nach Art. 20 Abs. II HChE das BVerfG erst auf Beschwerde darüber entscheidet, ob die Voraussetzungen des Abs. I vorliegen. M.E. kann daraus weder etwas für noch gegen die generelle Anschauung abgeleitet werden.

178) BVerfGE 10, 118 [123]; 13, 46 [51]; BGHZ 12, 197; Dürig in Komm., Anm. 64 zu Art. 18; Klein in Komm., Bem. IV 1 zu Art. 18 (S. 535); Wernicke in BK, Anm. II 2 zu Art. 18; Reißmüller, JZ 60, 530; Sigloch, MDR 64, 883; Heeb, Diss., S. 91.

179) Klein in Komm., Erl. IV 2 c zu Art. 18 (S. 537); Dürig, in Komm., Rdz. 67 zu Art. 18; Lechner, Anm. 1 zu § 13 Ziff. 1 BVerfGG; Wernicke, BK II 2 b β zu Art. 18. Maunz in Maunz-Sigloch-Schmidt-Bleibtreu-Klein, BVerfGG, Erl. 24 zu § 13; Hesse, Grundzüge, S. 276; Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 142; Wintrich-Lechner, Verfassungsgerichtsbarkeit in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. III, 2. Halbbd., S. 707; Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung, S. 171;

Die in Art. 18 GG nun einmal normierte Ausmaßklausel, wie immer man sie verstehen und auslegen mag, zwingt dazu, dem Ausspruch des BVerfG konstitutive Wirkung zuzumessen, wenn man nicht dem irrealen Glauben anhängen will, das Ausmaß der Verwirkung werde schon durch die Art des Mißbrauchs in allen Einzelheiten festgelegt und das BVerfG lege nur vorgegebene Fakten seinem Spruch zugrunde¹⁸⁰⁾. § 39 Abs. 1 S. 2 BVerfGG, der das Verbum "feststellen" gebraucht, kann nicht als Gegenargument angeführt werden; unterverfassungsrechtliche Normen können für die Auslegung von Verfassungsrecht allenfalls indizielle, nicht aber bindende Wirkung gewinnen.

Die Frage nach der Tragweite des Verwirkungsausspruchs bedeutet keinen Vorgriff auf die Erörterung der Ausmaßklausel. Es soll hier nur noch einmal ins Gedächtnis zurückgerufen werden¹⁸¹⁾, daß Art. 18 nur dem Mißbrauch von Grundrechten in der politischen Auseinandersetzung steuern will und infolge dessen nur die politische Dimension der Grundrechte erfaßt¹⁸²⁾. Diese Beschränkung

Fortsetzung der FN 179) von S. 84:

Gallwas, Mißbrauch, S. 158; Reißmüller, JZ 60, 532 FN 29; Kind, Diss., S. 68; Hlawaty, Diss., S. 99; Haller, Diss., S. 90; Schmitz, Diss., S. 106; Klemmer, Diss., S. 48; Hönsch, Diss., S. 35; Hartmann, Diss., S. 146 ff. Für bloß deklaratorische Entscheidung von Mangoldt, Komm. (1. Aufl.), Anm. 2 zu Art. 18 (S. 115) und Giese-Schunck, Komm., Anm. 3 zu Art. 18; für deklaratorisch-konstitutive Natur Geiger, BVerfGG, Anm. 4 zu § 39; Ipsen, Gleichheit in Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. II, S. 132 und Kessler, Diss., S. 94 f, neuerdings wohl auch Brinkmann, Grundrechte, Anm. 1 3 c zu Art. 18; für konstitutiv ex tunc Dürig, JZ 52, 513 (im Kommentar aufgegeben).

180) Dagegen schon Kind, Diss., S. 57, der dem BVerfG ein Ermessen bei der Prüfung der Frage zuspricht, welcher Rechtsverlust umfangmäßig der Gefahr des künftigen Grundrechtsmißbrauchs entspricht. Wie hier auch Fächtenbusch, Diss., S. 97 FN 204 und jetzt Schmitt Glaeser, S. 171 FN 41.

181) Siehe S. 50.

182) Dies wurde zuerst von Ridder (Meinungsfreiheit in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. II, S. 290 mit FN 140) erkannt und wird heute weithin vertreten; siehe Dürig in Komm., Anm. 11, 59 zu Art. 18; Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung, S. 180 f; Heeb, Diss., S. 186; Reif, Diss., S. 119. Als umfassende "Dezivilisierung" begreifen im Gegensatz zur hier vertretenen Meinung Geiger (BVerfGG, Anm. 2 zu § 39) und Schmitz, Diss., S. 98 das Institut der Grundrechtsverwirkung.

besteht von vornherein und fließt aus der Natur des Verwirkungsinstituts als eines politischen Instruments; es bedarf nicht der Anwendung der Ausmaßklausel oder des Übermaßverbots, um zu diesem Ergebnis zu gelangen¹⁸³⁾. Dem BVerfG obliegt die sicher schwierige, aber doch wohl lösbare Aufgabe, den verwirkten Teil des Grundrechts in seinem Urteil klar und zweifelsfrei abzugeben.

Diese Interpretation hilft auch über die Klippe der Wesensgehaltsgarantie (Art. 19 Abs. II GG) hinweg¹⁸⁴⁾, denn in der Regel wird ein auf die politische Dimension beschränkter Ausspruch vom Grundrecht noch so viel übrig lassen, daß der vorstaatliche Gehalt nicht beeinträchtigt wird¹⁸⁵⁾.

Man ist dann auch nicht mehr genötigt, nur ein Ausfluß- und Ausübungsrecht des Grundrechts als verwirkt zu erklären, während das Grundrecht in seiner Substanz dem Träger verbleibe¹⁸⁶⁾, wobei offen ist, wie sich - zumindest bei dem her-

-
- 183) So auch Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung, S. 182 FN 79. A. A. Gallwas, Mißbrauch, S. 145; Klein in Komm., Anm. III 3 zu Art. 18 (S. 528); wohl auch Reif, Diss., S. 119 FN 19.
- 184) Die dem Wortlaut nach nur für den Gesetzgeber geltende Vorschrift wendet sich auf Grund ihrer Bezüge zu Art. 1 GG an alle drei Gewalten, so übereinstimmend v. Mangoldt-Klein, Komm., Art. 19, Anm. V 7 b (S. 564); Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung, S. 216; Haller, Diss., S. 55; Lerche, Übermaß, S. 247 mit FN 345.
- 185) Auch wo, wie beim Grundrecht des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses eine Trennung der politischen von der privaten Sphäre in der Praxis auf Schwierigkeiten stößt (hierzu eingehend Schmitt Glaeser, a. a. O., S. 227 f), weil sich beide Bereiche weithin decken und überlagern, darf die Grundrechtsverwirkung nicht den Wesensgehalt antasten. Es ist nicht angängig, Art. 18 GG zur *lex specialis* gegenüber Art. 19 Abs. II (und damit gegenüber Art. 1 GG!) zu erklären. So aber Gallwas, Mißbrauch, S. 134; Krüger, DVBl 53, 100; Klein in Komm., Erl. III 2 b zu Art. 18. Ablehnend wie der Text dagegen Lerche, Übermaß, a. a. O., Schmitt Glaeser, a. a. O., S. 216 mit FN 186.
- 186) Für Trennung von Grundrechtssubstanz und Ausübung zuerst Dürig, JZ 52, 517; derselbe, Freizügigkeit in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. II, S. 521 mit FN 58; derselbe, ZStW 109, 327 f. Ihm folgend Geiger, BVerfGG, Anm. 3 zu § 39; Lechner, BVerfGG, Erl. 1 zu § 13 Ziff. 1; Wertenbruch, Menschenwürde, S. 76; Echtermöller, JZ 53, 558; Leibholz-Rupprecht, BVerfGG, Bem. 2 zu § 39; Maunz in Maunz-Sigloch-Schmidt-Bleibtreu-Klein, BVerfGG, Erl. 25 zu § 13; Geiger in Staatslexikon der Görresgesellschaft, Bd. 8, Spalte 263 ("Verwirkung"); Hlawaty, Diss., S. 96; Klemmer, Diss., S. 36; Schmitz, Diss., S. 98. Dagegen

kömmlichen Verständnis der Grundrechte als relativer Rechte - eine derartige Verdoppelung erklären läßt, ganz abgesehen vom Wortlaut des Art. 18 GG, wonach eben das Grundrecht verwirkt wird und nicht irgendein nicht näher faßbares Ausfluß- und Ausübungsrecht. Es ist daran festzuhalten, daß die Verwirkung zum Verlust der politischen Dimension des Grundrechts führt.

2. Die Zweistufigkeit der Verwirkungsregelung (§ 39 Abs. I BVerfGG)

Eine wichtige Errungenschaft der jüngsten wissenschaftlichen Diskussion war die Erkenntnis¹⁸⁷⁾, daß sich die Regelung der Grundrechtsverwirkung, wie sie sich in Art. 18 GG/§ 39 BVerfGG findet, nicht in einem Akt erschöpft, sondern zweistufig ausgestaltet ist. Sie besteht einmal aus der Grundrechtsaberkennung durch verfassungsgerichtliches Urteil, die wir im Interesse einer unmißverständlichen Terminologie im folgenden allein als "Verwirkung" bezeichnen wollen. Während diese Aberkennung den Täter "demaskiert"¹⁸⁸⁾, sich in ihren Folgen aber auch auf den Grundrechtsverlust beschränkt, ermöglicht es die zweite "Stufe", gestützt auf § 39 Abs. I S. 3, 4 BVerfGG¹⁸⁹⁾, konkrete beschränkende Anordnungen zu erlassen, die allerdings nicht andere als die verwirkten Grundrechte beeinträchtigen dürfen¹⁹⁰⁾. Diese konkreten Beschränkungen wol-

Fortsetzung der FN 186) von S. 86:

wie hier für Verlust des Grundrechts der Substanz nach Wernicke, BK, Bem. II 2 d B zu Art. 18; Schmitt Glaeser, a. a. O., S. 217; Haller, Diss., S. 89; Kind, Diss., S. 40; Heeb, Diss., S. 187.

- 187) Noch ganz undifferenziert BVerfGE 10, 118; Löffler, NJW 60, 29. Auch Gallwas, Mißbrauch, S. 125, 138; Dürig, Komm., Erl. 93 f zu Art. 18 und Sigloch, MDR 64, 883 lassen es an einer sorgfältigen Scheidung fehlen. Richtig dagegen schon Wilke, Berufsverbot, S. 105; jetzt auch Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung, S. 165 f.
- 188) So treffend Schmitt Glaeser, a. a. O., S. 166.
- 189) Die Sonderproblematik von auf § 39 Abs. II BVerfGG gestützten Maßnahmen kann hier nicht erörtert werden; vgl. dazu Schmitt Glaeser, a. a. O., S. 194 ff und U. Wagner, Die Verwirkung der Wählbarkeit, Diss., Mainz 1956.
- 190) Auch eine Anordnung, sich in bestimmter Richtung positiv zu betätigen (etwa in Form einer Anweisung an einen Verleger, eine seinen Anschauungen widersprechende Auffassung zu publizieren) ist unzulässig. Art. 18 GG befiehlt nur Abstinenz von aktiver Verfassungsfeindschaft. Ebenso Dürig in Komm., Erl. 61 zu Art. 18; Klein in Komm., Bem. III 3 a zu Art. 18 (S. 528); Löffler, Presserecht I, S. 117; Hönsch, Diss., S. 98. A. A. Gallwas, Mißbrauch, S. 142.

len wir als "Verwirkungsfolgen" bezeichnen. Auf § 39 Abs. 1 S. 3 BVerfGG in Verbindung mit Art. 18 GG gründet auch das BVerfGG seine Befugnis zur Verhängung von Berufsverboten bei berufsmäßigem Mißbrauch von Grundrechten, insbesondere der Presse- und Lehrfreiheit, zum Kampf gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung. Da nach § 39 Abs. 1 S. 4 BVerfGG die Verwaltungsbehörden zum Einschreiten gegen den Antragsgegner keiner weiteren gesetzlichen Grundlage mehr bedürfen sollen, muß die Anordnung entsprechend präzisiert sein.

3. Rechtswidrigkeit einer nicht mißbräuchlichen Betätigung im ehemals grundrechtlich geschützten Bereich nach Aberkennung des Grundrechts im Verwirkungsverfahren?

Die Frage nach der rechtlichen Wertung einer Betätigung im Grundrechtsbereich nach dem Verwirkungsverdikt impliziert zugleich das Problem, ob die Aberkennung eines Grundrechts automatisch ein Verbot nach sich zieht, sich im betreffenden Grundrechtsraum zu betätigen ¹⁹¹⁾. Für uns heißt das konkret: bringt der Verlust der Berufsfreiheit automatisch ein Berufsverbot mit sich? ¹⁹²⁾

Ein Blick auf die Regelung der Verwirkungsfolgen in § 39 Abs. 1 BVerfGG drängt uns schon zur Ablehnung einer solchen Annahme; die diesbezüglichen Normen des BVerfGG wären sonst - da positive Anordnungen nicht zulässig sind ¹⁹³⁾ - weitgehend überflüssig. Doch kann das BVerfGG als einfaches Gesetz natürlich nur ein Indiz zur Auslegung von Verfassungsrecht liefern. Entscheidend ist, daß keine Gegennorm existiert ¹⁹⁴⁾, die vom Augenblick der Aberkennung an dem ehemaligen Grundrechtstäter verböte, sich politisch zu äußern, an entsprechenden Versammlungen teilzunehmen, politischen Vereinigungen beizutreten u. a., vorausgesetzt, dieses Treiben erfüllt nicht den Tatbestand eines Grundrechtsmißbrauchs ¹⁹⁵⁾. Auch die dargelegte Konzeption des Art. 18 GG ¹⁹⁶⁾ fügt sich dem

191) Da der Verwirkungsausspruch nur die politische Dimension des Grundrechts entfallen läßt, wäre ein hierauf bezogenes, ohne weiteres eintretendes Verbot nicht undenkbar.

192) Die Ausnahmefälle, in denen sich der Verwirkungsausspruch auch auf das nicht enumerierte Grundrecht der Berufsfreiheit erstrecken kann, wurden bereits S. 78 erörtert.

193) Vgl. S. 87 FN 190.

194) Ebenso Wilke, Mißbrauch, S. 58; Dürig, JZ 52, 516; Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung, S. 131.

195) Dieser ist immer verboten, sowohl vor als auch - erst recht - nach dem Verwirkungsverdikt, weil hier die Gegennorm des Art. 18 GG ihre Ausstrahlung entfaltet.

196) S. 58 f.

Befund ein und wird dadurch in ihrer Richtigkeit bestätigt. Mit dem Aberkennungsurteil entfällt zwar der Grundrechts"panzer" um die geschützte, aber auch mißbrauchte Rechtssphäre und damit der unbedingte Schutz gegen die staatliche Gewalt, an der rechtlichen Bewertung nicht mißbräuchlicher Aktionen im inkriminierten Bereich ändert sich jedoch nichts. Zu Recht wird auf den Primat der Freiheit hingewiesen¹⁹⁷⁾, den das GG der Person einräumt: nicht das Freisein vom staatlichen Zwang bedarf einer besonderen Legitimation, sondern umgekehrt muß für die staatlichen Freiheitsbeschränkungen eine spezielle Ermächtigung vorhanden sein.

4. Der Rechtszuwachs für die drei Gewalten

a) Exekutive und Grundrechtsverwirkung

Bei einer flüchtigen Betrachtung scheint der Verwirkungsausspruch der Verwaltung - besonders der Polizei - freie Hand zur Verhängung aller Maßnahmen zu geben, die der Schutz der Verfassung erfordert. Diese Auffassung dürfen wir wohl auch den Schöpfern des GG unterstellen¹⁹⁸⁾. Wernicke¹⁹⁹⁾ ist ebenfalls der Ansicht, die staatliche Gewalt könne allein auf Grund des Verwirkungsausspruchs gegen den Mißbraucher vorgehen. Der einstige Grundrechtsträger sei gewissermaßen "out of law". Dies sei die gebührende Antwort, die die freiheitliche Demokratie mit der bewußt undemokratischen, weil intoleranten Verwirkungsbestimmung dem Mißbraucher erteilen wolle. Hierbei wird aber der in Art. 20 Abs. III GG statuierte Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung übersehen. Art. 20 Abs. III enthält ihn zwar unmittelbar nur in seiner Ausformung als Vorrang des Gesetzes, doch gewinnt das Prinzip des Vorbehalts des Gesetzes - der zweite Bestandteil der Gesetzmäßigkeitsmaxime - über den Rechtsstaatsgrundsatz

197) Wilke, a. a. O., S. 59; Kind, Diss., S. 85; siehe auch Schmitt Glaeser, a. a. O., S. 131.

198) Vgl. die Ausführungen des Abgeordneten Dr. Dehler im Hauptausschuß des Parlamentarischen Rats (zitiert bei v. Doemming - Fußlein-Matz, JöR Bd. 1, S. 174), der der Ansicht ist, die Grundrechtsverwirkung mache den Betroffenen "praktisch vogelfrei".

199) BK, Anm. II 2 d ß zu Art. 18; ebenso Arndt, DVBl 52, 3; wohl auch Drews-Wacke, Allgemeines Polizeirecht, S. 130. In gewissem Umfang sind auch Kind, Diss., S. 93 und Hönsch, Diss., S. 92 dieser Meinung, wenn sie nach dem Verwirkungsausspruch die Fortgeltung von grundrechtswiederholenden Gesetzen leugnen.

Verfassungsrang²⁰⁰⁾. In diesem Zusammenhang kann dahinstehen, ob das Gesetzmäßigkeitsprinzip auch nach Inkrafttreten des GG noch in den Grundrechten lokalisiert ist²⁰¹⁾, jedenfalls hat es dort nicht mehr ausschließlich seinen Standort²⁰²⁾, sondern ist in Art. 20 Abs. III GG als objektives Prinzip niedergelegt²⁰³⁾. Mit der Aberkennung des Grundrechts wird daher nicht der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung außer Kraft gesetzt²⁰⁴⁾.

Da er als Teil der Verfassung aber deren Rang genießt und nicht mehr wie in der ersten Republik als Teil der Grundrechte zur Disposition des Gesetzgebers steht, läßt sich die Frage nach der Vereinbarkeit von § 39 Abs. I S. 4 BVerfGG mit ihm nicht ausklammern. Hier erweist sich, daß der Streit, ob der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nur in den Grundrechten oder zumindest auch außerhalb des Grundrechtskatalogs verankert ist, nicht nur ein theoretisches

-
- 200) Maunz-Dürig-Herzog, Komm., Rdz. 128 zu Art. 20. A. A. Haller, Diss., S. 108, der die Außerkraftsetzung des Vorbehaltsprinzips gegenüber Mißbrauchern nicht als rechtsstaatswidrig ansieht.
- 201) Im Sinn eines Rechts auf Freiheit von gesetzwidrigem Zwang. Vgl. dazu Herb. Krüger, DVBl 53, 100; G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 103; P. Laband, Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. I S. 151; Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte, S. 155; Anschütz, Verfassung des Deutschen Reichs, S. 450; Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 126 f, 159; Maunz, Dt. Staatsrecht, S. 94; Haller, Diss., S. 99 ff; Kind, Diss., S. 81, 85.
- 202) Wie es noch immer Haller, Diss., S. 100 f annimmt.
- 203) Ebenso Dürig, Komm., Rdz. 80 zu Art. 18.
- 204) So auch die ganz herrschende Meinung; Geiger, BVerfGG Anm. 3 zu § 36; Friesenhahn, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 96; Gallwas, Mißbrauch, S. 142; Dürig, JZ 52, 518; Sigloch, MDR 64, 883; Krüger, DVBl 53, 100; Ipsen, Gleichheit in Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. II, S. 132; Hesse, Grundzüge, S. 277; Heeb, S. 191, 192; Klemmer, Diss., S. 55; Schmitz, Diss., S. 112 f; Kessler, Diss., S. 100; Füchtenbusch, S. 101: Zum Teil wird dieser Schluß aber nicht aus Art. 20 Abs. III GG, sondern *e contrario* aus § 39 Abs. I S. 4 BVerfGG gezogen (so Klein in Komm. Bem. III 2 c zu Art. 18 [S. 528.]; Leibholz-Rupprecht, BVerfGG, Erl. 2 zu § 39; Haller, Diss., S. 108; offengelassen von Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung, S. 232 FN 252). Eine Mittelstellung nimmt Lechner, BVerfGG, Anm. 2 zu § 39 ein. Danach soll das Eingriffsrecht der Exekutive zwar nicht dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung unterliegen, aber durch allgemeine rechtsstaatliche Grundsätze, insbesondere das Willkürverbot, beschränkt werden.

Problem behandelt (weil seine Fortgeltung jedenfalls - wenn auch nur kraft einfachen Gesetzes - dem § 39 Abs. I S. 4 entnommen werden könne²⁰⁵). Es ist sehr zweifelhaft, ob die Regelung des § 39 Abs. I S. 4 BVerfGG, die ohne weiteres rechtmäßig wäre, wenn sie konstitutiv den Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes aufrechterhielte, auch der Messung mit der verfassungsrechtlichen Elle standhält. Wenn § 39 Abs. I S. 4 BVerfGG normiert, insoweit (nämlich, als das BVerfGG dem Antragsgegner auf Grund der Verwirkung genau bezeichnete Beschränkungen auferlegt hat) bedürften die Verwaltungsbehörden zum Einschreiten keiner weiteren gesetzlichen Grundlage, so setzt er sich damit klar gegen den Vorbehalt des Gesetzes ab, der - in seiner traditionellen Form - Eingriffe in Freiheit und Eigentum an das Vorliegen eines formellen Gesetzes bindet²⁰⁶). Zur Grundlage von Eingriffen der Verwaltungsbehörde in den nach Ausspruch der Verwirkung zwar nicht mehr grundrechtlich abgesicherten, aber nichts destoweniger bestehenden Bereich unverbottenen Tätigwerdens erklärt § 39 Abs. I S. 4 BVerfGG die Entscheidung des BVerfG, mit der es konkrete Beschränkungen anordnet, befreit also die Verwaltung vom Vorbehalt des formellen Gesetzes zugunsten des Vorbehalts eines Gerichtsspruchs²⁰⁷). Die Durchbrechung des verfassungsrechtlich aufgestellten Gesetzmäßigkeitsgrundsatzes ist nicht zu übersehen²⁰⁸). Nach Art. 94 Abs. II GG, § 31 Abs. II BVerfGG hat zwar die Entscheidung des BVerfG in einigen Fällen Gesetzeskraft, doch wird sie dadurch nicht zum Gesetz²⁰⁹),

205) So die Argumentation von Schmitt Glaeser, a. a. O., S. 322 FN 252; ebenso Wilke, Berufsverbot, S. 63 f.

206) Maunz-Dürig-Herzog, Komm., Anm. 124 zu Art. 20; Wolff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, S. 175; Haller, Diss., S. 99.

207) Nach Brinkmann, Grundrechte, Anm. I 3 d zu Art. 18, soll der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nicht gelten, so weit das Ausmaß der Verwirkung reiche. An seine Stelle trete der Grundsatz der "Entscheidungsmäßigkeit der Verwaltung". Woraus er diese seine Ansicht ableitet (§ 39 Abs. I S. 4 "bestätigt" seiner Meinung nur die Entscheidungsgebundenheit der Verwaltung) und inwiefern der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung dadurch aus den Angeln gehoben werden soll, bleibt unerfindlich.

208) Die Literatur begnügt sich z. T. mit der Feststellung, die gesetzliche Grundlage könne durch die Anordnung des BVerfG "ersetzt" werden (so Hesse, Grundzüge, S. 277; Füchtenbusch, Diss., S. 101) ohne zu untersuchen, wie eine solche Ersetzung möglich sein kann. Nach Hönsch, Diss., S. 96, schafft das BVerfG das "Gesetz", auf das sich die Exekutive bei der Durchführung der Beschränkungen berufen kann. Seiner Ansicht nach sollte mit der Regelung in § 39 Abs. I S. 3 und 4 gerade der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gewahrt bleiben (!).

209) Wie auch die Unüberprüfbarkeit verfassungsgerichtlicher Entscheidungen im Wege der Normenkontrolle beweist; a. A. Hönsch; vgl. vorhergehende Fußnote.

schon gar nicht zu einem solchen im formellen Sinn. Außerdem gehört der Verwirkungsspruch nicht zu den in § 31 Abs. II BVerfGG aufgezählten Fällen. Oder sollte § 39 Abs. I S. 4 BVerfGG selbst als gesetzliche Grundlage für Maßnahmen der Verwaltung gegen den Mißbraucher gedacht gewesen sein ²¹⁰⁾? Dazu wäre er viel zu unbestimmt, gibt er doch keinerlei Beschränkungen für exekutivisches Vorgehen; eine solche gesetzliche Grundlage ist so viel wert wie gar keine; sie erfüllt nur den Buchstaben des Vorbehalts des Gesetzes, nicht aber seinen Sinn. Dürig ²¹¹⁾ hält die Regelung des § 39 Abs. I S. 4 für verfassungsmäßig; die Befugnis zur Durchbrechung des Gesetzmäßigkeitsgrundsatzes ergebe sich aus der Ausmaßklausel des Art. 18 S. 2 GG, die das BVerfG zum Herrn der konkreten Verwirkung mache ²¹²⁾. Obwohl wir hier auf die Ausmaßklausel treffen, deren Erörterung wir einem späteren Zeitpunkt vorbehalten müssen ²¹³⁾, muß doch Dürig folgendes entgegengehalten werden: Art. 18 GG liegt der Gedanke seiner Schöpfer zugrunde, daß derjenige, der sich der Rechte, die ihm das Grundgesetz einräumt, nicht würdig erweist, sie auch in Zukunft nicht mehr genießen solle. Zutreffend spricht Schmitt Glaeser vom Gedanken der "Spiegelstrafe" ²¹⁴⁾, der sich im Verwirkungsinstitut äußere. Der Delinquent sollte sehen, wohin er kommen würde, wenn die von ihm mißachteten und mit Füßen getretenen Grundrechte ihm nicht mehr zur Seite stünden. Gleichzeitig sollte der Bonner Staat gegen Angriffe auf seine demokratische Ordnung, die hinter dem Schild der Grundrechte geführt würden, abgesichert werden. Die Mitglieder des Parlamentarischen Rats wollten also nur die Rechtslage herbeiführen, die ohne Grundrechtsschutz für den Mißbraucher bestünde. Daß sie dabei irrtümlich annahmen, der Mißbraucher sei ungeschützt der staatlichen Allmacht ausgesetzt und vogelfrei, weil sie den als objektives Prinzip statuierten Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung übersahen, kann uns nicht hindern, die Rechtslage richtig zu beurteilen und so zu begreifen, wie sie sich nach dem Verwirkungsverdict ergibt: nämlich ohne Lockerung der exekutivischen Gesetzesbindung. Für den einfach-gesetzlichen § 39 Abs. I S. 4 BVerfGG, der eben eine solche Lockerung

210) Dieser Auffassung ist der Kommentar von Leibholz-Rupprecht, BVerfGG, Anm. 2 zu § 39 (... keine Durchbrechung des Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, weil die Generalklausel des § 39 Abs. I S. 4 selbst eine gesetzliche Grundlage darstellt),

211) Komm., Erl. 81 zu Art. 18. Ebenso Reif, Diss., S. 130 FN 7.

212) Dagegen äußerte er in JZ 52, 518 noch Zweifel, ob mit der Übertragung einer derartigen Quasigesetzgebungsmacht die wesensmäßigen Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit noch eingehalten seien. Ähnlich Klemmer, Diss., S. 50.

213) Vgl. S. 96.

214) Mißbrauch und Verwirkung, S. 157.

anordnet, bedeutet diese ungebrochene Fortgeltung des verfassungsrechtlich gewährleisteten Gesetzmäßigkeitsprinzips schlicht Verfassungswidrigkeit²¹⁵⁾. Weiterhin folgt daraus, daß das BVerfG zwar Anordnungen nach § 39 Abs. I S. 3 BVerfGG treffen kann, diesen aber bis zum Erlaß eines Gesetzes, das die Verwirkungsfolgen und ihre Durchsetzbarkeit für die Verwaltung normiert, "die Zähne fehlen". Ein anderer Schluß wäre nur möglich, wenn man Wernickes bereits abgelehnter These vom "man out of law" folgen würde. Sicher nicht richtig und auch rechtslogisch nicht haltbar ist Dürigs Anschauung, die zunächst dem Gesetzmäßigkeitsprinzip im Bereich des Art. 18 GG Geltung zuspricht, es dann aber über die Ausmaßklausel kurzerhand wieder durchbricht. Die Ausmaßklausel kann keinen Umschlag in den festgestellten dogmatischen Grundlagen des Verwirkungsinstituts herbeiführen; "Ausmaß" bedeutet Quantität, nicht Qualität.

b) Judikative und Verwirkungsausspruch

Von größerer Bedeutung ist die Grundrechtsaberkennung im Verwirkungsverfahren für die rechtsprechende Gewalt. Die Judikative bleibt allerdings - was unstreitig ist - wohl an Gesetz und Recht gebunden²¹⁶⁾. Doch verfällt eine Klage, die sich auf ein aberkanntes Grundrecht beruft, infolge der fehlenden Sachurteilsvorsetzung Klagebefugnis der Unzulässigkeit²¹⁷⁾. Damit wird nicht, wie Krüger annimmt²¹⁸⁾, der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung praktisch aufgehoben. Er ist doch noch nie für den Bürger in vollem Umfang auf dem Klageweg durchsetzbar gewesen; vielmehr bestehen seit eh und je Verpflichtungen der

215) Diese Konsequenz leitet auch schon Haller, Diss., S. 104 an, der die Vorschrift aber dadurch hält, daß er dem Gesetzmäßigkeitsgrundsatz im Bereich der Grundrechtsverwirkung nur die Qualität einfachen Rechts (konstitutive Festlegung in § 39 Abs. I S. 4 BVerfGG) zuspricht.

216) Wilke, Berufsverbot, S. 67; Geiger, BVerfGG, Anm. 3 zu § 39.

217) So zuerst Dürig, JZ 52, 518; derselbe, Komm., Rdz. 82 zu Art. 18; Wilke, a. a. O., S. 67; Leibholz-Rupprecht, BVerfGG, Erl. 2 zu § 39; Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung, S. 233. Wird allerdings geltend gemacht, das Grundrecht sei in seinem nicht von der Verwirkung erfaßten apolitischen Teil beeinträchtigt, so ist die Klage zulässig, weil hier eine Grundrechtsverletzung möglich erscheint, so richtig Hönsch, Diss., S. 99; im Ergebnis auch Reif, Diss., S. 132.

218) DVBl 53, 101. Ebenso Heeb, Diss., S. 200; Haller, Diss., S. 106. Dagegen aber Wilke, Berufsverbot, S. 67, 68; Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung, S. 233; Schmitz, Diss., S. 114.

Verwaltung, denen keine klagbaren Rechte des Privaten gegenüberstehen 219). Dieser Bereich der Rechtsreflexe erfährt einfach durch die Aberkennung eines Grundrechts eine Ausdehnung. Auch im Bereich der herkömmlichen Rechtsreflexe wurde nie behauptet, daß die Verwaltung die gesetzlichen Vorschriften nicht einhielte, wenn ihnen kein durchsetzbares Recht gegenüberstehe. Freilich, die Gefahr steigt, aber im ganzen ist die Verwaltung gesetzestreu; man kann ihr nicht unterstellen, sie nütze es aus, wenn der Druck der Justiz nicht mehr auf ihr laste. Zudem dürfte es, wie Schmitt Glaeser zu Recht ausführt 220), immer etwas schlüssig zu behaupten geben, so daß sich die Verwaltung der Befreiung von richterlicher Überprüfung nie ganz sicher sein kann.

c) Die Legislative und die Grundrechtsaberkennung

Da die gesetzgebende Gewalt nach Art. 20 Abs. III GG nur an die verfassungsmäßige Ordnung gebunden ist, erlangt sie durch den Verwirkungsausspruch auch am meisten an Macht. Sie ist - ledig der Bindung an das verwirkte Grundrecht - nicht gehindert, durch Gesetz in den schutzlos gewordenen Betätigungsraum vorzustoßen; die Prinzipien der verfassungsmäßigen Ordnung legen ihr nur relativ lockere Fesseln an, etwa die Beachtung der Grundsätze von Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit 221). Die Legislative ist der eigentliche Gewinner der Grundrechtsverwirkung 222).

Nach Haller 223) können hier zwei Formen der Gesetzgebung unterschieden werden: die reaktive und die prophylaktische Gesetzgebung. Die erstere richtet sich gegen einen bestimmten Betroffenen; ein reaktives Gesetz ist Einzelpersonen-

219) Verfehlt daher Hceb, Diss., S. 200, die Ansicht Dürigs könne nicht richtig sein, da sie zur Folge hätte, daß der Verfassungsfeind eine Nichtbeachtung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nicht mehr rügen könne und damit dieser Grundsatz mitverwirkt werde.

220) Mißbrauch und Verwirkung, S. 233. Ähnlich Dürig in Komm., Erl. 84 zu Art. 18.

221) Schmitt Glaeser, a. a. O., S. 229; Haller, Diss., S. 97; Reif, Diss., S. 134.

222) Wilke, Berufsverbot, S. 68; Reif, Diss., S. 133; Dürig, Komm., Anm. 73 zu Art. 18.

223) Diss., S. 95 f; ihm folgend Schmitt Glaeser, a. a. O., S. 229.

gesetz ²²⁴) (aber in aller Regel nicht Einzelfallgesetz ²²⁵) und ergeht erst nach Verwirkungsausspruch. Mangels eines einzigen abgeschlossenen Verwirkungsverfahrens ist diese Form einer staatlichen Reaktion auf Grundrechtsmißbräuche noch nicht aktuell geworden. Dagegen finden sich im geltenden Recht einige Beispiele für prophylaktisches Tätigwerden des Gesetzgebers, sowohl derart, daß an die Verwirkung eines bestimmten Grundrechts angeknüpft ²²⁶), als auch in der Form, daß die Verwirkung eines beliebigen Grundrechts zum Merkmal eines Rechtsfolgenden anordnenden Tatbestands erhoben wird ²²⁷).

Bei den der Gesetzgebung auferlegten Einschränkungen wurde oben die von einigen Autoren behauptete ²²⁸), in ihrer Wirkung einschneidendste noch nicht erwähnt. Nach dieser Ansicht soll sich nämlich aus § 39 Abs. I S. 4 BVerfGG ergeben, das BVerfG sei "Herr des konkreten Verwirkungsverfahren"; der Gesetzgeber sei nur subsidiär nach dem Gericht und nur insoweit zum Handeln berechtigt, als nicht gegen die konkreten Beschränkungsanordnungen verstoßen werde, die das BVerfG nach § 39 Abs. I S. 3 BVerfGG erlassen habe. Dieses "Subsidiaritätsprinzip" sei für den Gesetzgeber unumstößlich bindend, weil es nämlich letztlich nicht nur auf einfachem Gesetzesrecht beruhe, sondern in Art. 18 GG und dort vor allem in der Ausmaßklausel verankert sei.

Aus unserer Untersuchung des § 39 Abs. I S. 4 BVerfGG heraus ergibt sich eine ablehnende Haltung gegenüber einer auf diese Vorschrift gestützten Argumentation. Der Vorrang des BVerfG ist zwar eine Frage der Zweckmäßigkeit, wo das Gericht den ersten Zugriff ausübt, doch ist ein solcher Vorrang hinsichtlich der

224) Art. 19 Abs. I S. 1 GG kann aber nicht dagegen ins Feld geführt werden, weil es an einer Grundrechtseinschränkung fehlt; so richtig Schmitt Glaeser, a. a. O., S. 229; ähnlich Schmitz, Diss., S. 115 gegen Krüger, DVBl 53, 100; Dürig, Komm. Anm. 74 zu Art. 18; Haller, Diss., S. 96; Reif, Diss., S. 144 f.

225) Weil es meist abstrakte Regelungen zum Inhalt haben wird, so Haller, a. a. O. .

226) Vgl. § 1 Abs. II Ziff. 1, § 5 Ziff. 1, § 13 Abs. I Ziff. 1 VersG.

227) So in §§ 48, 49, 162, 164 BBG; 24, 86, 88 BRRG; § 7 Nr. 1, 14 Abs. I Nr. 2 BRAO. Hier soll nicht dazu Stellung genommen werden, ob sich die gesetzliche Regelung in allen Punkten auf das zulässige Maß beschränkt. Siehe zu den hier obwaltenden Bedenken Schmitt Glaeser, a. a. O., S. 230 FN 246, auch Gallwas, Mißbrauch, S. 152 und ausführlich Haller, Diss., S. 143 ff.

228) Dürig in Komm., Erl. 72 zu Art. 18; Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung, S. 225, 229. In diesem Sinn auch schon Kind, Diss., S. 103; Haller, Diss., S. 111 ff.

konkreten Anordnungen nicht absolut und mit Verfassungsrang festgelegt. Eine genauere Aufklärung wird die gleich anschließende Untersuchung der Ausmaßklausel liefern.

B) Die Ausmaßklausel des Art. 18 GG

Nach Art. 18 S. 2 GG werden "die Verwirkung und ihr Ausmaß" durch das BVerfG ausgesprochen. Für das Problem, ob § 42 I StGB (strafrechtliches Berufsverbot) mit der Verwirkungsnorm des Grundgesetzes vereinbart werden kann, ist entscheidend, ob die auf § 39 Abs. I S. 3 BVerfGG gegründete Berufsuntersagung durch das BVerfG Verfassungsrang hat. Schon früher ²²⁹⁾ haben wir die Sperrwirkung des Art. 18 GG so präzisiert, daß das strafrechtliche Berufsverbot in Verbindung mit Tatbeständen, die den Kampf gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung umschreiben, gegen Art. 18 GG verstößt, wenn das BVerfG auf Grund des Art. 18 GG eine Berufsuntersagung aussprechen kann. Es wurde bereits gesagt, daß unter Umständen das Verwirkungsverdikt auch das Grundrecht der Berufsfreiheit in den Verwirkungsausspruch miteinbeziehen kann.

Das BVerfG ist der Meinung, § 39 Abs. I BVerfGG präzisiere insgesamt nur die Ausmaßklausel ²³⁰⁾. Folglich genieße ein auf diese Vorschrift gestütztes Berufsverbot Verfassungsrang. Schmitt Glaeser "zögert nicht mit der Behauptung", hier finde sich im BVerfGG der Sache nach materielles Verfassungsrecht ²³¹⁾; § 39 Abs. I BVerfGG beruhe voll und ganz auf der Ausmaßklausel. Derselben Ansicht ist ein Großteil der Literatur ²³²⁾, insbesondere die Autoren, die für die Verfassungswidrigkeit des § 42 I StGB plädieren (siehe Teil I). Dürig ²³³⁾ behauptet sogar, das Schrifttum vertrete ziemlich einhellig die Auffassung, Art. 18 S. 2 GG schließe ein strafrechtliches Berufsverbot aus, wenn es zur Abwehr

229) S. 49.

230) BVerfGE 10, 118 [122]; 25, 88 [96, 97].

231) Mißbrauch und Verwirkung, S. 166.

232) Dürig in Komm., Anm. 96 f zu Art. 18; Leibholz-Rupprecht, BVerfGG, Erl. 1 zu § 39; Gallwas, Mißbrauch, S. 142 (... "Konkretisierung des Art. 18 S. 2 GG ..."); Čopić, JZ 63, 494; Reißmüller, JZ 60, 533; Löffler, NJW 60, 30; Stree, Deliktsfolgen und GG, S. 225 FN 30; Schmitz, Diss., S. 111. Ganz ablehnend gegenüber § 39 Abs. I BVerfGG ist Wernicke (BK Erl. II 2 aO zu Art. 18 GG) eingestellt - folgerichtig im Hinblick auf seine "out of law"-Promisse.

233) a. a. O., Anm. 96 e.

von Angriffen auf die staatliche Grundordnung verhängt werde. Dagegen soll hier die These aufgestellt werden, § 39 Abs. 1 S. 3 BVerfGG beruhe nicht auf der Ausmaßklausel ²³⁴⁾; diese könne und müsse vielmehr mit einem anderen Sinn erfüllt werden. Da sich diese Behauptung in Widerspruch mit der absolut herrschenden Meinung setzt, bedarf sie einer eingehenderen Begründung:

a) Zunächst soll ein Blick auf die Entstehungsgeschichte geworfen werden ²³⁵⁾. Art. 20 HChE sah - wir erinnern uns - eine automatisch eintretende Grundrechtsverwirkung genereller Natur vor. Das letztere ergibt aus dem in die Zukunft weisenden Wortlaut des Art. 20 HChE, das erstere aus der Tatsache, daß das BVerfG nur auf Beschwerde hin entschied. Instruktiv sind in diesem Zusammenhang die bereits angedeuteten Ausführungen des Abgeordneten Dr. Dehler in der 44. Sitzung des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rats ²³⁶⁾, mit denen er sich gegen diesen Automatismus wandte: "Wer gegen irgendeines dieser Grundrechte verstößt, wäre praktisch vogelfrei. Jede Verwaltungsbehörde könnte ihm die Grundrechte absprechen. . . Das wäre die Statuierung des Polizeistaats. Die Polizei könnte jeden vogelfrei machen. Darum halte ich die Fassung, die wir im Redaktionsausschuß gefunden haben, nach der ein so weittragender Verlust von Grundrechten nur durch den Verfassungsgerichtshof ausgesprochen werden kann, für notwendig. Nur der Verfassungsgerichtshof kann Ausmaß und Dauer des Verlusts der Grundrechte regulieren. Die andere Fassung ist nach meiner Ansicht viel zu vage und unbestimmt". (Dr. Dehler stellte auch den Antrag auf Einfügung des heutigen Satzes 2 von Art. 18, wodurch diese Grundgesetzbestimmung ihre nunmehr gewohnte Form erhielt.) ²³⁷⁾

Welche Schlüsse lassen sich nun aus der Regelung des HChE ziehen? Zunächst einmal - und das ist entscheidend - mußten die Verfasser des Entwurfs die Vorstellung haben, die Rechtslage sei durch die Anordnung des Grundrechtsverlusts eindeutig bestimmt. Sonst wäre es unmöglich gewesen, die Verwirkung von

234) So schon Wilke, Berufsverbot, S. 70, wenn auch ohne nähere Begründung; Kind, Diss., S. 111 f; wohl auch Hönsch, Diss., S. 97.

235) Hier wird nicht verkannt, daß für die Auslegung einer Gesetzesvorschrift nicht die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder maßgebend ist, sondern der in der Gesetzesvorschrift zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers. Der Entstehungsgeschichte kommt aber insofern Bedeutung zu, als sie die Richtigkeit einer Auslegung bestätigt oder Zweifel behebt, die anderweitig nicht auszuräumen sind. Zur Verfassungsauslegung allgemein BVerfGE 1, 312; 8, 307; 10, 244; 11, 130.

236) Zitiert bei v. Doemming-Fußlein-Matz, JÖR Bd. 1, S. 174.

237) v. Doemming-Fußlein-Matz, a. a. O., S. 174.

Grundrechten als automatische Rechtsfolge des Mißbrauchs eintreten zu lassen und das BVerfG nur auf Beschwerde einzuschalten. Das heißt aber nichts anderes, als daß die Verwirkung in jedem denkbaren Fall denselben Sinn haben mußte und zwar - was bliebe anderes übrig - den des Verlusts des mißbrauchten Grundrechts. Darauf deutet auch der Gedanke eines staatsrechtlichen Talions hin, der bei der Verfassungsschöpfung mitschwang: auf den Mißbrauch eines Grundrechts sollte der Verlust eben dieses Grundrechts als Sanktion folgen. Mit anderen Worten: die ganze Regelung des HChE kann nur im Sinn der sogenannten "Identitätstheorie" ²³⁸⁾ begriffen werden, wonach auf den Mißbrauch eines Grundrechts gerade und nur der Verlust des nämlichen Grundrechts folgt; der Automatismus des HChE läßt die Gegenmeinung, wonach auch andere als die mißbrauchten Grundrechte oder gar alle enumerierten Rechte verwirkt werden könnten, nicht zu.

Weiterhin ist nur der Schluß möglich, daß in jedem Fall Vollverwirkung und Grundrechtsverwirkung auf immer eintreten sollte. Für eine unterschiedliche Ausgestaltung der Rechtsfolgen ist im HChE mangels einer diese vornehmenden Instanz kein Raum. Infolgedessen kann nur die einzige absolut festliegende Sanktion zur Anwendung kommen.

b) Aus der Entstehungsgeschichte lassen sich naturgemäß nur Fingerzeige gewinnen. Maßgebend ist letztlich allein der Wortlaut des heutigen Art. 18 GG. Für diesen wird aber ein "bedeutsamer Wandel des Rechtsgehalts" ²³⁹⁾ gegenüber

238) Diese vertreten Klein in Komm., Anm. III 1 a zu Art. 18 (S. 520); Wer-
nicke, BK, Erl. II 1 f zu Art. 18; Lerche, Übermaß, S. 125; Brinkmann,
Grundrechte, Bem. I 1 d zu Art. 18; Čopić, JZ 63, 498; Reißmüller, JZ
60, 533; Geiger, BVerfGG, Bem. 1 zu § 39; Klemmer, Diss., S. 49;
Haller, Diss., S. 83; Kind, Diss., S. 43; Kessler, Diss., S. 83; Hönsch,
Diss., S. 61; Reif, Diss., S. 149. A. A. Dürig in Komm., Rdz. 31 zu
Art. 18; Maunz in Maunz-Sigloch-Schmidt-Bleibtreu-Klein, BVerfGG,
Anm. 23 zu § 13; Gallwas, Mißbrauch, S. 137 ff; Schmitt Glaeser, Miß-
brauch und Verwirkung, S. 207 ff (der die Aufnahme von seiner Ansicht
nach nicht mißbrauchbaren Grundrechten in den Katalog des Art. 18 damit
rechtfertigen will, sie seien zumindest dem Verwirkungsausspruch unter-
worfen); Heeb, Diss., S. 184. Zu beachten ist aber, daß sich das Prinzip
der Identität nur auf den insgesamt vom Grundrecht abgesteckten Bereich
bezieht. Ansonsten besteht eine Diskrepanz zwischen dem vom Grundrecht
abgeschirmten, in erster Linie mißbrauchten Freiheitsraum und dem aber-
kannten Recht, dem Abwehr- oder Negationsrecht. Vgl. Haller, Diss.,
S. 66.

239) Lechner, BVerfGG, Anm. 1 zu § 13; nachdrücklich Schmitt Glaeser, Miß-
brauch und Verwirkung, S. 172; Hönsch, Diss., S. 31; U. Wagner, Diss.,
S. 35.

dem alten HChE behauptet. Diese Ansicht basiert auf der Einfügung der Klausel über das vom BVerfG zu bestimmende Ausmaß der Verwirkung, die das Rechtsinstitut in seinem Wesen völlig verändert haben soll ²⁴⁰⁾. Hier ist jedoch zu unterscheiden. Sicher kann die Ausmaßklausel nicht ohne Einfluß auf die Grundrechtsverwirkung geblieben sein. Genau so sicher ist aber, daß der Begriff der Verwirkung in HChE und GG derselbe ist.

Darauf deutet zunächst die unveränderte Übernahme des Ausdrucks aus Art. 20 HChE in Art. 18 GG hin. Aber auch dem isolierten Wortlaut der grundgesetzlichen Verwirkungsnorm läßt sich dies entnehmen. Für den unbefangenen Leser verknüpft sich mit dem Satz "Wer die Freiheit ... mißbraucht, verwirkt diese Grundrechte" der Gedanke an einen immer gleichen, festliegenden nicht differenzierbaren sachlichen Inhalt der Rechtsfolge. Art. 18 S. 2 GG verstärkt diesen Eindruck noch, indem er "die Verwirkung" - ganz wie im HChE - substantivisch als feststehenden Begriff gebraucht. Wilke ²⁴¹⁾ und Gallwas ²⁴²⁾ erkennen dies beide, wenn sie zugestehen, Art. 18 GG mache dem Wortlaut nach den Eindruck, als ordne er immer und in jedem Fall den Totalverlust des Grundrechts an. Vor allem Gallwas weigert sich aber, diese Konsequenz anzuerkennen ²⁴³⁾. Er glaubt, sie umgehen zu können, indem er das Substantiv "Verwirkung" im Sinn des Vorgangs deutet, der zum Rechtsnachteil führt. Rechtsfolge des Mißbrauchstatbestands in Art. 18 GG sei exakt genommen nicht die Verwirkung an sich, sondern erst die durch die Ausmaßbestimmung des BVerfG inhaltlich fixierte Grundrechtsaberkennung. Ohne Festlegung des Ausmaßes sei ein Verwirkungsausspruch unvollständig und besitze mangels Bestimmtheit keinerlei rechtliche

240) Schmitt Glaeser, a. a. O., glaubt sogar an einen Umschlag des Instituts von punktueller zu genereller Ausstrahlung.

241) Berufsverbot, S. 46: ... "Geht man zunächst vom Wortlaut aus und legt dabei den allgemeinen Sprachgebrauch sowie den Begriff der untechnischen Verwirkung aus Pflichtwidrigkeit zugrunde, so stellt die Verwirkung eines Grundrechts dessen vollständigen Verlust dar".

242) Mißbrauch, S. 135: ... "Die Formulierung in Art. 18 GG »... verwirkt diese Grundrechte« deutet auf den Sinn: verliert diese Grundrechte. Das liefe auf einen prinzipiellen Totalverlust hinaus. Die Verwirkung hätte zur Folge, daß der Grundrechtsträger so gestellt würde, als stehe ihm das entsprechende Grundrecht überhaupt nicht mehr zu. Für eine Ausmaßregelung wäre nur noch insoweit Raum, als über den bloßen Grundrechtsverlust hinausgegangen würde, etwa bei der Auferlegung besonderer Beschränkungen".

243) a. a. O., S. 135 f, bes. S. 136.

Wirkung 244).

Gallwas muß selbst zugestehen, daß sich seine Anschauung mit § 39 Abs. I S. 1 BVerfGG, wonach sich das BVerfG auf die Feststellung beschränken kann, welche Grundrechte der Antragsgegner verwirkt habe, nicht vereinbaren läßt, weil die Bestimmung offensichtlich auf einem vorfixierten Verwirkungsbegriff aufbaue (die Anordnung einer gänzlich unbestimmten Rechtsfolge könne man dem Gesetzgeber nicht zutrauen). Er ist der Meinung, bei der Normierung des § 39 BVerfGG sei das Verhältnis von Verwirkung und Ausmaßbestimmung nicht richtig erkannt worden 245).

Schon das spricht gegen Gallwas, daß der einfache Gesetzgeber - immerhin eine maßgebliche Instanz - die grundgesetzliche Verwirkungsnorm nicht als falsch gefaßt empfunden hat. Hätte der Grundgesetzgeber Gallwas' Ansicht vertreten, so hätte er die Vorschrift anders formuliert, etwa folgendermaßen: "Wer die Freiheit der Meinungsäußerung . . . zum Kampfe gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung mißbraucht, verwirkt diese Grundrechte in entsprechendem Umfang. Das Ausmaß der Verwirkung wird durch das BVerfG ausgesprochen".

Die Verwendung des Verbums "verwirken" in Art. 18 S. 1 GG ohne Hinweis auf das Ausmaß, weiterhin die Voranstellung des Begriffs "Verwirkung" in Satz 2, woran die Ausmaßklausel nur als Nachsatz angehängt ist, können nicht ignoriert werden. Der natürliche Wortsinn, dem Gallwas nicht folgen zu können glaubt, ist die alleinige Grundlage jeder Auslegung. Es wird gezeigt werden, daß auch bei der Konzeption eines konstanten Verwirkungsbegriffs die Ausmaßklausel mit Sinn erfüllt werden kann.

c) Zur historischen Auslegung und zur grammatikalischen Interpretation kommt noch ein rechtslogisches Argument.

Es wurde dargelegt, der Verwirkungsausspruch beinhalte zwar einen Grundrechtsverlust, soweit die politische Dimension des Grundrechts reiche, mache aber die entsprechende geschützte Tätigkeit (soweit sie keinen Mißbrauch darstellt) nicht unerlaubt. Der Verwirkungsausspruch bringe also nicht ein automatisches Verbot von Aktivitäten im betreffenden Bereich mit sich. Dieser Anschauung, die man - soweit die Frage überhaupt gesehen wird - als die herrschende 246)

244) Ähnlich jetzt Reif, Diss., S. 127.

245) Gegen die Fassung des § 39 Abs. I BVerfG wandte sich schon Kind, Diss., S. 50.

246) Vgl. die Nachweise S. 88 FN 194.

bezeichnen kann ²⁴⁷⁾, ist auch Schmitt Glaeser ²⁴⁸⁾, der gleichzeitig am entschiedensten die Ableitung der Verwirkungsfolgen, die zunächst auf § 39 Abs. I S. 3 BVerfGG basieren, aus der Ausmaßklausel des Art. 18 GG propagiert - insofern wieder als Exponent der überwiegenden Mehrheit in der Literatur. Beides läßt sich aber nicht miteinander vereinbaren: Führt die Grundrechtsverwirkung nach richtiger Anschauung nicht zur Verbotenheit des betreffenden ehemals geschützten Tuns, so kann nicht vermöge einer Bestimmung, die - grob gesagt - eine Konkretisierung der auf den Grundrechtsmißbrauch folgenden Sanktion anordnet, nämlich der Ausmaßklausel, doch wieder ein Verbot verhängt werden. Es ist rechtslogisch nicht möglich, daß bei Beibehaltung der dogmatischen Grundlagen auf Grund desselben Instituts ein nichtverbotenes Tun im Zuge der Ausgestaltung der Rechtsfolge in ein unerlaubtes Handeln umschlagen kann. Die Regelung der konkreten Verwirkungsfolgen in § 39 Abs. I S. 3 BVerfGG kann infolgedessen nicht auf der Ausnahmeklausel des Art. 18 GG aufbauen.

2. Der Grundsatz der Undifferenzierbarkeit der Verwirkungsfolgen und die Geltung des Übermaßverbots im Rahmen des Art. 18

Die im vorigen Abschnitt erarbeiteten Ergebnisse bedürfen noch der Verfeinerung.

Zunächst ist festzuhalten: auf Grund von Geschichte, Wortlaut und widerspruchsfreier Interpretation des Art. 18 GG ist die Verwirkungssanktion nicht differenziert und nicht differenzierbar. Sie ist immer Vollverwirkung, jedoch - was im Parlamentarischen Rat übersehen wurde, aber allein dem Zweck des Instituts, die Verfassung zu schützen, entspricht - nur der politischen Dimension.

Diese Feststellung scheint die Geltung der Grundsätze der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit (Übermaßverbot) ²⁴⁹⁾ auszuschließen, deren Anwendbarkeit im Rahmen des Verwirkungsinstituts ganz allgemein bejaht wird ²⁵⁰⁾.

247) Was angesichts der Tatsache, daß § 39 Abs. I S. 3 BVerfGG sonst keinen Anwendungsbereich mehr hätte, weiter nicht verwunderlich ist.

248) Vgl. S. 89.

249) Zu diesen Begriffen siehe Lerche, Übermaß, S. 19 ff.

250) Dürig, Komm., Anm. 44 zu Art. 18; derselbe, JZ 52, 517; Klein in Komm., Erl. III 3 zu Art. 18 (S. 528). Lerche, Übermaß, S. 135 mit FN 118; derselbe, Asylrecht, S. 209; Gallwas, Mißbrauch, S. 145; Löffler, Presserecht I, S. 117 (Rdz. 119); Haller, Diss., S. 92; Hönsch, Diss., S. 83; Füchtenbusch, S. 99. A. A. wohl Schmitz, Diss., S. 91, der der Ansicht ist, gegen den Feind der Freiheit müsse bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen mit dem schärfsten geeigneten Mittel vor-

Eine solche Schlußfolgerung wäre jedoch voreilig. Das Übermaßverbot bedarf nur im Rahmen des Art. 18 GG einer differenzierteren Betrachtungsweise, als sie in der Regel vorgenommen wird. Zunächst bewahrt der Grundsatz seine Geltung für die Frage, ob überhaupt eine Verwirkung ausgesprochen werden kann und soll. Insoweit ist das BVerfG gehalten, die Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit seiner Sanktion voll zu überprüfen.

Weiterhin unterliegt die zeitliche Dauer der Verwirkung, wie das BVerfG nach § 39 Abs. 1 S. 2 in seinem Urteil festsetzt, dem Übermaßverbot. Es muß dem BVerfG gestattet sein, die ihm von den Vätern des GG eingeräumte Befugnis zu lebenslanger Grundrechtsaberkennung zu unterschreiten und die Verwirkung in weniger gewichtigen Fällen auf einen bestimmten Zeitraum zu befristen. Hierbei bleiben die dogmatischen Grundlagen des Instituts unangetastet, es wird nur dem bei der Abfassung des GG nicht genügend erkannten Prinzip des Übermaßverbots der ihm gebührende Platz eingeräumt und es werden die von Art. 18 GG - der ja auch eine Garantiefunktion besitzt - gezogenen Grenzen für die Grundrechtsbeeinträchtigung nicht überschritten.

Zum dritten greifen die Grundsätze der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit voll Platz, wenn ein Grundrecht mehrere geschützte Modalitäten aufweist, deren Verwirkung getrennt voneinander denkbar ist. So kann etwa beim Grundrecht aus Art. 18 GG (Versammlungsfreiheit) nur das Recht aberkannt werden, Versammlungen zu leiten, während das Teilnahmerecht dem Antragsgegner unbenommen bleibt. Einen Anhaltspunkt für diese Auffassung gibt Art. 18 GG selbst, wenn er die Pressefreiheit (Unterfall der Freiheit der Meinungsäußerung) als gesondert verwirkbar aufzählt 251).

Wenn wir oben festgestellt haben, Verwirkung sei immer Vollverwirkung der politischen Grundrechtsdimension, so scheint diese Feststellung mit dem zuletzt aufgezählten Anwendungsfall des Übermaßverbots in Widerspruch zu stehen. Der obige Grundsatz ist jedoch unvollständig: er bedarf der Konkretisierung. Der

Fortsetzung der FN 250) von S. 101:

gegangen werden. A. A. auch Echterhölter, JZ 53, 657, der das BVerfG bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen für verpflichtet hält, die Verwirkung auszusprechen.

- 251) Ebenso im Ergebnis Kind, Diss., S. 82. A. A. dagegen Kessler, Diss., S. 82, wonach der Mißbrauch auch nur einer Betätigungsmodalität zwingend zum Verlust des gesamten Grundrechts führe. Brinkmann, Grundrechte, Anm. I 1 d ♂ zu Art. 18 wendet sich ausdrücklich - aber ohne stichhaltige Begründung - gegen eine auf einzelne Grundrechtsmodalitäten beschränkte Verwirkung.

Breite des Grundrechts nach, im horizontalen Bereich, ist ein differenzierender Ausspruch des BVerfG, der unter Anwendung des Übermaßverbots bestimmte Modalitäten des Grundrechts von der Aberkennung ausnimmt, möglich. Der Tiefe nach, also vertikal, ist dagegen nur eine totale Aberkennung des Grundrechts bzw. seiner in Frage stehenden Modalität zulässig. In diesem Bezirk hat das Übermaßverbot schon deshalb keinen Platz, weil es die Sanktion "Verwirkung" begrifflich verändern würde. So bedeutet die Grundrechtsverwirkung nach Art. 18 GG stets den Verlust des Schutzes vor allen drei Gewalten mit den oben beschriebenen Folgen. Eine Begrenzung der Aberkennungswirkung etwa nur auf den Verlust des Schutzes gegenüber der Rechtsprechung würde das ganze Institut denaturieren. Soweit reicht jedoch die Kraft des Übermaßverbots nicht, daß es in den Charakter einer Sanktion eingreifen und ihn verändern könnte. Es bestimmt nur, wann, wo und in welchem Umfang eine vorgegebene Sanktion zur Anwendung kommt. Es gibt nur eine Grundrechtsaberkennung oder Nichtaberkennung; ein Mittelding ist nicht möglich.

Wenn die herrschende Meinung die Grundsätze der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit auch auf die vertikale Dimension des Verwirkungsausspruchs anwenden zu müssen glaubt, so deshalb, weil die Grundrechtsaberkennung als besonders schwerwiegender und harter Eingriff gilt ²⁵²⁾, dessen scharfe Wirkungen der Abstufung bedürften. Diese immer wieder anzutreffende Behauptung ist zwar nicht ganz falsch, aber keineswegs auch völlig richtig. Sicher ist, daß die Mitglieder des Parlamentarischen Rats die Grundrechtsverwirkung für eine scharfe Waffe hielten, weil sie die Fortgeltung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung übersahen und daß die Grundrechtsverwirkung mittelbar nach Erlaß entsprechender Gesetze durch den Gesetzgeber auch zu großer Bedeutung für den einzelnen gelangen kann, ebenso wie die Brandmarkung des Betroffenen als Verfassungsfeind angesichts der geringen Anzahl von Verwirkungsverfahren nicht unterschätzt werden sollte. Genauso sicher ist aber, daß der einfache Verwirkungsausspruch für den Antragsgegner nur sehr wenig an unmittelbarer Beeinträchtigung mit sich bringt ²⁵³⁾. Der bloße Verwirkungsausspruch kann daher als das

252) So schon BVerfGE 10, 118 [123]. Dürig in Komm., Anm. 64 zu Art. 18; Klein in Komm., Bem. IV 1 zu Art. 18 (S. 535); Hamann, Grundgesetz und Strafgeseztgebung, S. 38; Reißmüller, JZ 60, 530; Gallwas, Mißbrauch, S. 129; Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung, S. 244 FN 28; Lex, DöV 60, 282; Hönsch, Diss., S. 59, 101, 102; Füchtenbusch, Diss., S. 99. A. A. Wilke, Berufsverbot, S. 107; vgl. auch Sigloch, MDR 64, 882.

253) Man sollte deshalb aufhören, das Monopol des BVerfG im Verwirkungsverfahren mit der effektiven Schwere der Sanktion, zu begründen. Grund des Monopols war vielmehr, daß die Väter des GG die Maßnahme für gravierend hielten und deswegen allein das BVerfG dazu ermächtigen wollten.

Minimum aller im staatsrechtlichen Bereich denkbaren Sanktionen bezeichnet werden, die auf Grund des Grundrechtsmißbrauchs verhängt werden können. Eine Differenzierung der Grundrechtsverwirkung der Tiefe und Intensität nach ist somit weder möglich noch geboten.

Eine solche echte Abstufung wird aber auch gar nicht versucht. Was vielmehr als Minderung der Aberkennungswirkungen unter Berufung auf das Übermaßverbot dargeboten wird, ist in Wirklichkeit ein Hinausgehen über die vom Grundgesetz angeordnete Sanktion. Typisch dafür ist Löffler²⁵⁴⁾, der die Auferlegung von Beschränkungen nach § 39 Abs. 1 S. 2 BVerfGG als nur teilweise Verwirkung in Gegensatz zur Vollverwirkung setzt und damit Maßnahmen, die in Wirklichkeit den Rahmen des Art. 18 GG überschreiten, fälschlich als Unterfall der Verwirkungssanktion bezeichnet. Demgegenüber ist festzuhalten, daß Grundrechtsverwirkung nur eine Maßnahme ist, die die beschriebenen Folgen gegenüber den drei Gewalten nach sich zieht. Die "Verwirkungsfolgen" nach § 39 Abs. 1 S. 3 BVerfGG erfüllen diese Anforderung nicht und können daher nicht aus der Ausmaßklausel abgeleitet werden.

3. Der Sinn der Ausmaßklausel

Nachdem wir die Meinung von der Abstufbarkeit der Verwirkungssanktion verworfen haben, ist offen, welche Bedeutung der Ausmaßklausel zukommt. Ihre Einfügung kann gegenüber dem HChE nicht als belanglos abgetan werden. Die Ausmaßklausel ermöglicht allerdings nicht eine Differenzierung der Verwir-

254) NJW 60, 29. Ebenso BVerfGE 10, 118, 122; Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung, S. 166; Kessler, Diss., S. 89 f und die anderen Autoren, die § 39 Abs. 1 S. 3 BVerfG als Ausfluß der Ausmaßklausel betrachten (Nachweise bei FN 232, S. 96). Vgl. auch Haller, Diss., S. 112: "... De lege ferenda - insbesondere auch im Rahmen der Notstandsgesetzgebung - muß bedacht werden, daß bei der Grundrechtsverwirkung mit § 39 Abs. 1 BVerfGG noch längst nicht der von Art. 18 GG zur Verfügung gestellte Rahmen ausgeschöpft ist". Zwiespältig Gallwas, Mißbrauch, S. 142, der einerseits in einer auf § 39 Abs. 1 S. 3 BVerfGG gestützten Untersagung einer bestimmten Tätigkeit nicht eine - wie er es nennt, verschärfte - Form des Grundrechtsentzugs sieht, sondern erkennt, daß das BVerfG über Art. 18 GG hinaus in den grundrechtsfrei gewordenen Raum vorstößt, andererseits diese Befugnis noch als durch die Ermächtigung zur Ausmaßbestimmung gedeckt sieht. Wie hier im Ergebnis Wilke, S. 70, 71; Hönsch, Diss., S. 96; Kind, Diss., S. 111 f.

kungsfolge der Tiefe nach, ebenso wenig kann sie als Argument gegen die These von der Identität von mißbrauchtem und verwirktem Grundrecht in Anspruch genommen werden ²⁵⁵⁾, weil für diese Identität der Automatismus des HChE sowie das mit hereinspielende Talionsprinzip eine allzu beredte Sprache sprechen. Abgelehnt haben wir auch die Ansicht, die mit der Ausmaßklausel die Durchbrechung des - zuvor bejahten - Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in § 39 Abs. I S. 4 BVerfGG rechtfertigt ²⁵⁶⁾ sowie die damit zusammenhängende Auffassung, wonach die Ausmaßklausel geeignet sei, ein verfassungsgerichtliches Verbot für die (nach Verwirkungsauspruch prinzipiell unverbundene) nicht mißbräuchliche Betätigung im ehemals geschützten Bezirk zu stützen. Die von Kind ²⁵⁷⁾ gesehene Antinomie zwischen Art. 18 S. 1 und 2 besteht nur dann, wenn man der Ausnahmeklausel gestaltende Funktion im sachlich-rechtlichen Bereich zumißt.

Die wahre, dogmatische Grundlagen unberührt lassende und insofern nur formelle Bedeutung der Ausmaßklausel zeichnet sich wiederum vor dem Hintergrund des HChE und der Beratungen im Parlamentarischen Rat ab. Dr. Dehler ²⁵⁸⁾ wandte gegen die Fassung des HChE nicht nur ein, jeder Grundrechtsmißbrauch mache den Übeltäter ohne weiteres grundrechtslos, sondern hielt die Fassung außerdem für zu vage und unbestimmt. Hier hakt die Ausmaßklausel ein. Das BVerfG soll durch sie angehalten werden, seinen Ausspruch genau zu umreißen. Insbesondere bezweckt die Vorschrift, eine genaue Bezeichnung der verwirkten Grundrechte herbeizuführen. Es ist ja ohne weiteres möglich, daß der Verfassungsfeind gleich mehrere Grundrechte oder auch nur eine selbständige Modalität eines einzigen Grundrechts (Pressefreiheit!) mißbraucht ²⁵⁹⁾. Zugleich taucht schon bei Dehler der Gedanke auf, das BVerfG möge sich auch zur Dauer der Verwirkung äußern. Das GG hat das BVerfG durch Aufnahme der Ausmaßklausel ermächtigt, von der ursprünglich als ewig gedachten Verwirkungsfolge abzugehen und diese von vornherein auf einen bestimmten Zeitraum zu befriesten ²⁶⁰⁾. Die Ausmaßklausel stellt sich somit als eine positiv-verfassungsrecht-

255) So die in FN 238 S. 98 genannten, die Identitätstheorie ablehnenden Autoren.

256) Dürig in Komm. Anm. 81 zu Art. 18; dazu schon S. 129.

257) Diss., S. 42 FN 3; S. 43.

258) v. Doemming-Füßlein-Matz, JöR, Bd. 1, S. 172.

259) So auch Brinkmann, Grundrechte, Anm. I 1 d 6 zu Art. 18.

260) Kind kann nicht beigeplichtet werden, wenn er (Diss., S. 48 ff) meint, bei einer solchen Auslegung werde die Ausmaßklausel "selbstverständlich, überflüssig und bedeutungslos". Kind berücksichtigt nicht die Entstehungsgeschichte der Klausel. Materialen Gehalt gewinnt die Vorschrift nach der hier vertretenen Ansicht auch durch die Einbeziehung der zeitlichen Abstufbarkeit in den Ausspruch über das Verwirkungsausmaß. A.A. auch insofern Kind, Diss., S. 49.

liche Ausprägung des Übermaßgedankens dar, der zur Zeit der Schaffung des GG in seiner umfassenden Bedeutung noch nicht erkannt war. Es ist daher kein Wunder, daß sie sich weitgehend in ihrem Anwendungsbereich mit der geschilderten Bedeutung des Übermaßverbots im Rahmen des Art. 18 deckt. Im Gegensatz zu den von der h. M. auf die Ausmaßklausel gestützten konkreten Verwirkungsfolgen nach § 39 Abs. 1 S. 3 BVerfGG bleibt eine zeitliche Begrenzung der Verwirkung hinter dem von Art. 18 GG gesteckten Rahmen zurück und stellt wirklich eine unter Anwendung der Grundsätze von Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit erzielte Abstufung einer übermäßig scharfen Reaktion ohne Veränderung von deren dogmatischen Grundlagen dar. Hieraus ergibt sich auch die selbstverständliche Lösung des Gallwas²⁶¹⁾ Kopfzerbrechen bereitenden Verwirkungsausspruchs ohne Ausmaßbestimmung, wie er nach § 39 Abs. 1 S. 1, 2, § 40 BVerfGG möglich ist. Hier ist wieder auf die ursprüngliche Bedeutung der Grundrechtsverwirkung als eines Rechtsverlusts auf ewig zurückzugreifen. Die Aberkennung ohne Ausmaßbestimmung ist folglich von unbegrenzter Dauer; das BVerfG hat aber die in § 40 BVerfGG gesetzlich ausdrücklich vorgesehene Möglichkeit, den Verwirkungsausspruch nach Ablauf von zwei Jahren aufzuheben.

5. Die verfassungsrechtliche Würdigung des strafrechtlichen Berufsverbots im Hinblick auf Art. 18 GG/§ 39 Abs. 1 S. 3 BVerfGG

Nachdem Klarheit über die Interpretation des Art. 18 GG geschaffen ist, fällt es nicht schwer, die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit des strafrechtlichen Berufsverbots zu beantworten und zu der immer wieder anzutreffenden Behauptung Stellung zu nehmen, die Verhängung eines strafrechtlichen Berufsverbots stelle zumindest in den Fällen, wo der zugrundeliegende Straftatbestand den Kampf gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung pönalisiere, eine verwirkungsgleiche Rechtsfolge dar²⁶²⁾. Diese Behauptung wird in ihrer pauschalen Form meist von Autoren getroffen, die die Zweistufigkeit der in Art. 18 GG/§ 39 Abs. 1 S. 3 BVerfGG getroffenen Regelung nicht erkannt haben. Vom Standpunkt einer fortgeschrittenen Dogmatik aus ist jedoch § 42 I StGB an jeder Stufe gesondert zu prüfen.

Die Frage einer Identität eines strafrechtlichen Berufsverbots mit der Aberkennung des Grundrechts der Berufsfreiheit durch das BVerfG (1. Stufe) ist rasch be-

261) Vgl. S. 100.

262) So Löffler, NJW 60, 29 sub 3 (für die entsprechende Norm des nordrhein-westfälischen Gesetzes vom 17. 11. 1949 [GVBl NRW S. 293] Čopić, JZ 63, 498; Reißmüller, JZ 60, 532; Füchtenbusch, Diss., S. 145. Vgl. zum ganzen auch Gallwas, Mißbrauch, S. 50.

antwortet. Verwirkung eines Grundrechts ist nur, was die beschriebenen ²⁶³⁾ Folgen gegenüber Verwaltung, Rechtsprechung und Gesetzgebung hat. Ein Berufsverbot äußert diese Wirkungen - etwa gegenüber dem Gesetzgeber - nicht. Der bloße Verlust der Genußmöglichkeit ist weder eine Grundrechtsverwirkung, noch verwirkungsgleich ²⁶⁴⁾. Auch führt die Aberkennung des Grundrechts nicht zur Verbotenheit der Betätigung in der ehemals grundrechtlich geschützten Dimension, während das Berufsverbot das Grundrecht gerade bestehen läßt, aber dafür die Betätigung hinter dem grundrechtlichen Schutzwall verbietet (insoweit, als es das Grundrecht über seine Schranken selbst zuläßt). Eine Gleichheit von Berufsverbot und schlichtem Verwirkungsausspruch läßt sich nicht konstatieren.

Der wirklich kritische Punkt ist die Vereinbarkeit des strafrechtlichen Berufsverbots mit der zweiten Stufe der Verwirkungsregelung (Einzelanordnungen nach § 39 Abs. I S. 3 BVerfGG). Wer diese Maßnahmen, unter die insbesondere Verbote aller Art fallen, als Ausfluß der Ausmaßklausel betrachtet, muß ihnen eine verfassungsrechtliche Rechtsgrundlage zusprechen und infolgedessen dazu kommen, die gleichlaufende Befugnis von Strafgerichten zur Verhängung von Berufsverboten als Verstoß gegen das bundesverfassungsgerichtliche Monopol für verfassungswidrig zu halten.

Nach richtiger Ansicht kann aber, wie wir schon darlegten, eine Ausmaßklausel nicht Maßnahmen tragen, die über die Sanktion der Verwirkung, wie sie im GG festgelegt ist, hinausgehen. Dieses Ergebnis hat uns auch die Entstehungsgeschichte und der Wortlaut der Vorschrift bestätigt.

Es fragt sich nun, wie die Vorschrift des § 39 Abs. I S. 3 BVerfGG sonst einzuordnen ist. Art. 93 Abs. II GG, wonach das BVerfG "ferner in den ihm sonst durch Bundesgesetz zugewiesenen Fällen tätig wird", gibt nur eine organisatorische Legitimation für die Betrauung des BVerfG mit der Verhängung konkreter Beschränkungen, vermag diesen Maßnahmen jedoch nicht als materielle Grundlage zu dienen ²⁶⁵⁾. Wir erinnern uns vielmehr daran, was über die Reaktion

263) S. 89 ff.

264) So schon Sigloch, MDR 64, 882. Daher kann - entgegen Haller, Diss., S. 120, 124 - die Freiheitsstrafe nicht "objektiv gesehen eine Verwirkung im Sinn einer Statusminderung des in Art. 2 Abs. II GG verbürgten unverwirkbaren Grundrechts" darstellen. So aber auch Hönsch, Diss., S. 121 unter Berufung auf Reißmüller, JZ 60, 532, der im Effekt zwischen Verwirkung und Freiheitsberaubung keinen Unterschied zu erblicken vermag.

265) Vgl. hierzu Kind, Diss., S. 113; Hönsch, Diss., S. 96 und Wilke, Berufsverbot, S. 71, 106.

des Gesetzgebers auf die Grundrechtsverwirkung gesagt wurde ²⁶⁶). Danach kann der Gesetzgeber die ihm zuwachsende Rechtsmacht durch eine auf die Person bezogene reaktive Gesetzgebung oder schon vor dem Verwirkungsausspruch prophylaktisch durch gesetzliche Normierung von Rechtsfolgen für eine Vielzahl vor Verwirkungsfällen ausnützen. Zum letzteren Bereich gehört § 39 Abs. I S. 3 BVerfGG; mit ihm stößt der Gesetzgeber jetzt schon in den künftig schutzlos offenliegenden Grundrechtsbezirk vor; die Grundrechtsaberkennung ist gleichsam nur *conditio iuris*, die noch hinzutreten muß. Da § 39 Abs. I S. 3 BVerfGG also auch materiell nur einfacher Gesetzesrang zukommt, geht er nicht schon kraft Verfassungsrechts dem § 42 I StGB vor. Eine Verfassungswidrigkeit des strafrechtlichen Berufsverbots hinsichtlich Art. 18 GG besteht somit in keinem Fall.

§ 42 I StGB ist auch nicht nach dem Grundsatz "*lex posterior derogat legi priori*" durch das 1951 erlassene BVerfGG aufgehoben worden, soweit sich sein Normbereich mit § 39 BVerfGG deckt. Der einfache Gesetzgeber wollte in dieser Zeit des hypertrophischen Staatsstrafrechts (vgl. nur das Dritte Strafrechtsänderungsgesetz vom 4. 8. 53) keinesfalls die staatlichen Abwehrmöglichkeiten im Bereich des Strafrechts schwächen. § 42 I StGB und § 39 Abs. I S. 3 BVerfGG stehen unabhängig und ohne gegenseitige Einwirkung nebeneinander.

Um jedoch eine unliebsame Doppelzuständigkeit zweier Gerichte und damit die Möglichkeit widersprechender Entscheidungen auszuschalten, empfiehlt sich die von Wilke vorgeschlagene ²⁶⁷) analoge Anwendung des § 35 Abs. III S. 2 GewO, § 4 Abs. III S. 1 StVG. Dem Strafgericht ist es danach nicht möglich, ein Berufsverbot zu erlassen, wenn das BVerfG im vorausgehenden Verwirkungsverfahren absichtlich davon Abstand genommen hat, etwa, weil es diese Maßnahme für unzweckmäßig gehalten hatte. Dasselbe - und damit gehen wir über Wilke hinaus - muß aber umgekehrt auch für das BVerfG gelten, das in dieser Frage keinen Vorrang beanspruchen kann. Nur auf Grund seiner Stellung als Institution des Verfassungsrechts kommt dem BVerfG noch keine Priorität zu, es sei denn, ein solcher Anspruch werde durch das Verfassungsgesetz selbst gestützt oder finde seinen Ausdruck im einfachen Gesetzesrecht. Beides ist nicht der Fall: ersteres nicht, weil sich § 39 Abs. I S. 3 BVerfGG nicht als Ausfluß der grundgesetzlichen Verwirkungsnorm darstellt, letzteres nicht, weil der einfache Gesetzgeber eine so schwerwiegende, zumindest tatsächliche Beeinträchtigung der Rechtskraft eines Strafurteils, wie sie die Verhängung eines Berufsverbots durch das BVerfG nach rechtskräftiger Ablehnung eines solchen durch das Strafgericht dar-

²⁶⁶) S. 94 f.

²⁶⁷) Berufsverbot, S. 126.

stellt, ausdrücklich hätte anordnen müssen ²⁶⁸⁾. Es ist also daran festzuhalten, daß auch das BVerfG an der Verhängung eines Berufsverbots gehindert ist, wenn das Strafgericht rechtskräftig zuvor eine derartige Maßnahme abgelehnt hat. Es muß sich in diesem Fall auf die Aberkennung der Berufsfreiheit beschränken.

268) Wobei hier die Frage nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer solchen Beeinträchtigung nicht gestellt werden soll.

LEBENS LAUF

Am 25. 7. 1945 wurde ich, Rupert Matthäus Stettner, als Sohn des jetzigen Oberstudiendirektors i. R. Dr. Leo Stettner und seiner Ehefrau Maria, geb. Beyen, in Passau geboren. Nach dreijährigem Besuch der Volksschule St. Nikola in Passau und einjährigem Besuch der Ludwig-Thoma-Volksschule in Dachau trat ich 1955 in die Oberrealschule Dachau ein, die ich im Jahre 1964 absolvierte. Anschließend studierte ich an der Universität München neun Semester Jura und legte hier im Frühjahr 1969 die erste juristische Staatsprüfung ab. Seit September 1969 befinde ich mich im Vorbereitungsdienst für den höheren Justiz- und Verwaltungsdienst. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

